

DESTREZAS BÁSICAS **ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Por:

Mauro Lauría-Masaro | Martín Zuleta | Lucia Pizzi |
Natalia Saralegui | Fiorella Cesa





DESTREZAS BÁSICAS: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Por Mauro Lauría-Masaro; Martín Zuleta; Lucia Pizzi; Natalia Saralegui y Fiorella Cesa

Colección “Libros de Estudios”

Programa de formación para ingresantes

Agosto, 2024

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DEL CURSO	1
1. FUNDAMENTOS	2
2. OBJETIVOS.....	2
3. CONTENIDOS.....	3
4. BIBLIOGRAFÍA.....	4
MÓDULO I, POR MAURO LAURÍA- MASARO Y NATALIA SARALEGUI.....	7
1. EL FORMALISMO JURÍDICO.....	9
2. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?	11
3. LAS BASES DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN	13
3.1. Chaïm Perelman.....	13
3.2. Stephen Toulmin.....	15
4. APLICACIÓN DEL MODELO DE TOULMIN	19
5. EL DISCURSO ARGUMENTATIVO	19
6. PROBLEMAS Y TESIS EN SENTENCIAS DE DERECHOS HUMANOS	22
7. CONCLUSIÓN.....	23
BIBLIOGRAFÍA.....	23
MÓDULO II, POR MAURO LAURÍA- MASARO Y LUCÍA PIZZI	25
INTRODUCCIÓN.....	26
1. TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN: NEIL MACCORMICK	27
2. CASOS DIFÍCILES.....	29
3. CARACTERIZAR EL CASO EN UNA PRESENTACIÓN DE LA DEFENSA	30
4. CUANDO LA LÓGICA DEDUCTIVA NO ALCANZA.....	31
4.1. Universalidad	32
4.2. Relación con el sistema.....	33
4.3. Relación con el mundo.....	38
5. APLICACIÓN DEL MODELO DE MACCORMICK A UNA PRESENTACIÓN DE LA DEFENSA.....	39
6. CONCLUSIÓN.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	41
MÓDULO III, POR MARTÍN ZULETA.....	42
INTRODUCCIÓN.....	43
1. LA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL.....	44
1.1. Las reglas y formas del discurso práctico general.....	46
2. EL DISCURSO JURÍDICO COMO “CASO ESPECIAL”	51
2.1. Reglas y formas de la justificación interna.....	51
2.2. Reglas y formas de la justificación externa	53

2.3. Reglas y formas de interpretación	53
2.4. Formas de los argumentos jurídicos especiales.....	56
2.5. La cuestión de la única respuesta correcta.....	58
3. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE ALEXY.....	59
3.1. Los principios como mandatos de optimización.....	59
3.2. La estructura de la ponderación	59
4. EJERCICIO	61
5. CONCLUSIÓN.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	62

MÓDULO IV, POR MAURO LAURÍA- MASARO, NATALIA SARALEGUI Y FIORELLA CESA 63

INTRODUCCIÓN.....	64
1. CLASIFICACIÓN DE ARGUMENTOS JURÍDICOS.....	65
1.1. Argumentos que justifican la solución de lagunas normativas.....	65
1.2. Argumentos que justifican el rechazo de posibles significados de un enunciado normativo ...	70
1.3. Argumentos que justifican la atribución de un significado a un enunciado normativo	73
2. ARGUMENTAMOS A PARTIR DE UN CASO	77
3. FALACIAS	78
3.1. Falacias formales.....	78
3.2. Falacias no formales.....	78
4. ARGUMENTAMOS A PARTIR DEL DILEMA DEL TREN	86
5. CONCLUSIÓN.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	88

Presentación del curso



1. FUNDAMENTOS

Desde hace ya muchos años se reconoce la relevancia que tiene la competencia argumentativa para la vida de las personas, tanto a nivel social como académico. Gracias a ella podemos resolver problemas y tomar decisiones sobre asuntos teóricos y prácticos, disciplinarios y cotidianos, de manera individual y colectiva. La argumentación es imprescindible, no sólo para solucionar las diferencias de opinión que podemos tener en el trato con otras personas, sino también para alcanzar acuerdos con ellas (Harada, 2009).

A nivel profesional, el ejercicio de la abogacía exige proyectar, evaluar y desarrollar argumentos de manera asidua. Sin dudas, una parte esencial del trabajo del/a abogado/a radica en persuadir a una audiencia específica (compuesta, entre otros, por jueces y jurados) de que debe proceder de un modo favorable a los intereses de la persona que representa. En esta línea, no asombra que, por lo general, se asimile la práctica de la abogacía con la argumentación y se relacione la aptitud profesional de un/a abogado/a con su capacidad para idear y manejar argumentos (Atienza, 2016).

Tan cierto como lo anterior es que –al menos, en nuestro país– la destreza para argumentar se entrena muy poco en la carrera de Abogacía, pues se trata de una materia que ocupa un lugar marginal en el currículo universitario. Uno de los motivos por los que esto sucede es la prevalencia en la enseñanza de una visión formalista del derecho (Abramovich, 2007; Böhmer, 1998, 2003, 2007, 2014; Puga, 2002) que impone una concepción restrictiva de la argumentación que la asocia con la aplicación de silogismos deductivos (Atienza, 2016). Dicha problemática torna relevante reflexionar en torno a las limitaciones de esta visión, los cuestionamientos y los aportes realizados desde las Teorías de la Argumentación Jurídica, y analizar el modo en que podemos enriquecer nuestra práctica profesional a partir de esos desarrollos teóricos.

A ese efecto, siguiendo a Atienza (2016), indagamos acerca de los autores más relevantes en esta corriente de pensamiento. Por un lado, consideramos la obra de Chaïm Perelman y Stephen Toulmin, quienes sentaron las bases para el desarrollo de las Teorías de la Argumentación que se gestaron en los años sucesivos. Por otro, analizamos las contribuciones contemporáneas de McCormick y Robert Alexy, cuyos trabajos conforman la teoría *estándar* de la argumentación. Este abordaje, además, lo realizamos a partir de la reflexión sobre la práctica argumentativa de los cursantes en el ámbito de la defensa pública y la ejercitación a partir de situaciones dilemáticas.

2. OBJETIVOS

En este marco, el curso plantea como objetivos que los cursantes:

1. Comprendan las bases teóricas de las Teorías de la Argumentación Jurídica y sus implicancias sobre la práctica del/a defensor/a;

1.1. Conozcan el contexto en el que surgieron estos desarrollos teóricos;

1.2. Comprendan los rasgos principales de la obra Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick y Robert Alexy;

1.3. Apliquen los modelos propuestos por los autores estudiados para abordar casos prácticos;

2. Diseñen, desarrollen y evalúen argumentos en escenarios dilemáticos asociados al ejercicio de la abogacía.

2.1. Conozcan el modo en que se organiza el discurso argumentativo;

2.2. Identifiquen los problemas y las tesis contenidas en sentencias y presentaciones de la defensa;

2.3. Conozcan diferentes clasificaciones de argumentos y falacias y apliquen este conocimiento para resolver casos prácticos;

2.4. Caractericen un caso como difícil e identifiquen los recursos argumentales con los que abordarlo.

3. CONTENIDOS

3.1. Módulo I

- Formalismo jurídico. Caracterización. El contexto y los objetivos que dieron lugar a esta forma de entender el derecho. Impacto en las tradiciones jurídicas continentales y anglosajonas. Lógica deductiva y subsunción. Limitaciones. Crisis del formalismo.
- Teorías de la Argumentación Jurídica. Caracterización. Críticas al formalismo. Aportes teóricos de Chaïm Perelman y Stephen Toulmin. La lógica informal y la práctica lógica. El concepto de auditorio. Lo plausible y lo razonable. El modelo de Toulmin.
- El discurso argumentativo. Objeto, locutor, carácter y objetivo. Estructura. El problema y la tesis.

3.2. Módulo II

- Aportes teóricos de Neil MacCormick. Influencias y contexto en el que desarrolló su trabajo. *Soft positivismism*. Casos fáciles y difíciles. Problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación. Justificación interna (universalidad, coherencia y consistencia) y externa (argumentos consecuencialistas).

3.3. Módulo III

- Aportes teóricos de Robert Alexy. *Teoría del discurso práctico general*. Reglas y formas de la argumentación práctica general. Reglas y formas específicas de la argumentación jurídica. Reglas y principios. Ponderación.

3.4. Módulo IV

- Clasificación de argumentos. Argumentos que justifican la solución de lagunas normativas (argumento analógico, a fortiori, a contrario y a partir de principios), el rechazo de posibles significados de un enunciado normativo (no redundancia, la reducción al absurdo y el argumento pragmático) o la atribución de un significado a un

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

enunciado normativo (argumentación sistemática, el argumento histórico y teleológico).

- Clasificación de falacias. Falacias formales y no formales. Falacias no formales de atinencia (*argumentum ad baculum, ad hominem, ad ignorantiam, ad misericordiam, ad verecundiam*, el accidente y el accidente inverso, la causa falsa y la petición de principio) y de ambigüedad (equivoco, la anfibología, el énfasis, la composición y la división).

4. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy R. (1988). Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. *Doxa*, 5, p. 139-151.
- Alexy R. (1997), *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Alexy R., (2009), Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Enero-Junio de 2009 (N° 11)*, pp. 3-14.
- Anscombe, J. y Ducrot, O. 1994. La argumentación en la lengua, Madrid: Gredos.
- Atienza, M. 1994. "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales". Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 1. Disponible en <https://biblioteca.org.ar/libros/155700.pdf>
- Atienza M. 2005. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. 2011. Cómo desenmascarar a un formalista. *Isonomía*, (34), 199-201.
- Atienza, M. 2013. Curso de argumentación jurídica. Editorial Trotta: Madrid.
- Atienza, M. 2016. Las razones del derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica (Vol. 2). Palestra Editores.
- Battú, N. 2020. Falacias y manejos falaces con impacto jurídico. Disponible en https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5551/falacias_web.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bengoetxea, J. 2009. El «último» MacCormick: la razón práctica y una narrativa coherente en torno a la soberanía post-nacional. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32.
- Beuchot, M. 1994. Filosofía y retórica en Chaïm Perelman: el auditorio universal razonable. *Éndoxa*, 1(3), 301-316.
- Cabra Apalategui, J. M. 2010. La unidad de razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico.

- Calsamiglia, H., & Tusón, A. 1999. *Las cosas del decir: manual de análisis del discurso*. Barcelona: Ariel.
- Copi, I.M. 2014. *Introducción a la lógica*. Eudeba: Buenos Aires.
- Duce, M. (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24 (2), 223-262.
- Ducrot, O. 2001: *El decir y lo dicho: polifonía de la enunciación*, Barcelona: Paidós.
- Errázuriz Cruz, M. C. 2014. El desarrollo de la escritura argumentativa académica: los marcadores discursivos.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. 2003. "Tipos de argumentos jurídicos". Disponible en https://www.academia.edu/download/40927631/TIPOS_DE_ARGUMENTOS_JURIDICO_S.pdf
- Ferrari, L., & Giammatteo, M. 1996. Reformulación de un texto argumentativo por estudiantes universitarios. *Lenguas modernas*, (23), 115-131.
- García Amado, J. A. 1986. Del método jurídico a las teorías de la argumentación. *Anuario de filosofía del derecho*, (3), 151-182.
- García Amado, J. A. 1999. Retórica, argumentación y derecho. *Isegoría*, (21), 131-147.
- García Ruiz, L. 2003. La noción de sistema en la génesis del formalismo jurídico y su crítica a partir de la jurisprudencia sociológica norteamericana. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 7 (2003).
- Garret, B. y Naufeld, P. 2009. "Invalid Forensic Testimony and Wrongful Convictions". *Virginia Law Review*, 95 (1), 1-97.
- Grajales, A. & Negri, N. A. 2014. *Argumentación jurídica*. Astrea: Buenos Aires.
- Harada, E. 2009. Algunas aclaraciones sobre el "modelo" argumentativo de Toulmin. *Contactos*, 7(3), 45-56.
- MacCormick, N. 2010. Argumentación e interpretación en el Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33.
- Paúl, M. L. (2016). La indeterminación jurídica de la respuesta a los casos difíciles. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, (12).
- Rodríguez-Bello, L. I. 2004. El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa.
- Suárez Llanos, L. 2006. Razón práctica y argumentación en Maccormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa. *Derechos y libertades*, 15, pp. 173-210.

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

Vega-Reñón, L. 2017. *Introducción a la teoría de la argumentación: problemas y perspectivas* (Vol. 4). Palestra Editores.

Módulo I

Mauro Lauría-Masaro
Natalia Saralegui



INTRODUCCIÓN

¡Bienvenidos/as al primer módulo del curso! Como explicamos en la introducción, este segmento tiene una duración de quince días y les propone cumplir los siguientes objetivos:

1. Comprender las bases teóricas de las Teorías de la Argumentación Jurídica y sus implicancias sobre la práctica del/a defensor/a;

1.1. Conocer el contexto en el que surgieron estos desarrollos teóricos;

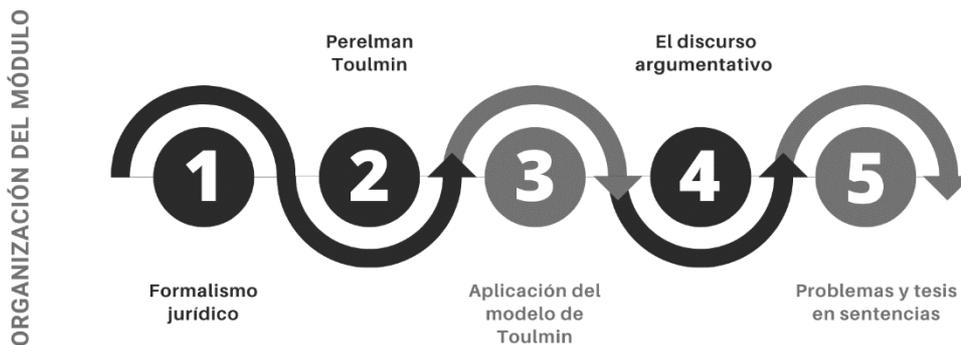
1.2. Comprender los rasgos teóricos principales de la obra de Chaïm Perelman y Stephen Toulmin;

1.3. Utilizar el modelo elaborado por Stephen Toulmin para describir los argumentos empleados en un caso práctico;

2. Caracterizar el discurso argumentativo como práctica discursiva;

2.1. Conocer el modo en que se organiza este tipo de discurso y sus componentes;

2.2. Identificar los problemas y las tesis contenidas en sentencias.



Para cumplir esos objetivos, organizamos este módulo en cinco apartados:

- En primer término, estudiamos el surgimiento de las teorías de la argumentación;
- Segundo, exploramos los aportes teóricos de dos autores fundamentales de estas corrientes de pensamiento, Chaïm Perelman y Stephen Toulmin.
- Tercero, aplicamos el modelo desarrollado por Toulmin a un caso jurídico.
- Cuarto, indagamos acerca de las características principales del discurso argumentativo. En este punto, definimos la argumentación jurídica y describimos el modo en que se organiza este tipo de discurso.
- Quinto, les proponemos que analicen una sentencia de la Corte IDH e identifiquen los problemas y las tesis que se plantean en ellas.

1. EL FORMALISMO JURÍDICO

Para comenzar a desarrollar el contenido del curso, nos interesa poner en contexto el surgimiento de las Teorías de la Argumentación Jurídica. A ese efecto, es importante comprender la idea de **formalismo jurídico**, pues la crítica a este modo de entender el derecho fue determinante para el surgimiento de este enfoque teórico a mediados del siglo XX. Aún en la actualidad, el formalismo jurídico **domina el funcionamiento del Poder Judicial**. Por esa razón, se justifica comprenderlo –principalmente, identificar sus características y sus limitaciones– y contar con las herramientas adecuadas para defender una aproximación alternativa del derecho.

El estudio de los orígenes del formalismo jurídico nos remonta a los siglos XVIII y XIX. En ese momento, el racionalismo forjó la pretensión de **dotar al razonamiento jurídico de un grado de certeza y coherencia similar al que tenían la matemática o las ciencias naturales** (García Amado, 1999). Así, se concibió el derecho como una **ciencia racional** –por contraposición a la ciencia empírica (García Ruíz, 2003). Se afirmaba, así, que el derecho podía ser caracterizado en esos términos por la capacidad de la razón para conocer la naturaleza humana y traducirla en normas. Así, se asumió que **el derecho era capaz de ofrecer respuestas indubitadas**; el legislador –a través de la ley positiva– sólo debía concretar y adecuar esos mandatos racionales a las circunstancias sociales particulares. Esta forma de concebir el razonamiento jurídico –esto es, como algo tasado y predeterminado en su desarrollo– prácticamente **anulaba la posibilidad de discutir sobre aquello que se consideraba opinable** (García Amado, 1999).

Esta concepción impactó, con el tiempo, en el modo de entender los sistemas jurídicos. Estos cambios se produjeron debido a la convergencia, desde mediados del siglo XVII, de una serie de factores técnicos, políticos-ideológicos, económicos y culturales que generaron la aspiración general de **terminar con la incertidumbre jurídica, las contradicciones que se planteaban en el orden jurídico de manera frecuente y la arbitrariedad que eso producía**. De esa aspiración emergieron, en Europa continental, dos reacciones principales (García Ruíz, 2003).

- Por un lado, el **movimiento codificador**. Este movimiento impulsaba la conversión de cada uno de los *derechos nacionales* en un sistema normativo (García Ruíz, 2003). Implicó la traslación de esos esquemas y pretensiones al derecho positivo. Aquí, opera el llamado **mito del legislador racional**, que conoce las necesidades sociales –y el mejor modo de atenderlas– e impone ese conocimiento como mandato incuestionable a través de la ley. En este marco, **el razonamiento jurídico se explica como puro silogismo: la ley es la premisa mayor; los hechos que se juzgan la premisa menor; y la sentencia es la conclusión derivada de ellas**. La función del juez consiste únicamente en **subsumir un hecho concreto bajo el supuesto de hecho abstracto de la norma y, cuando ese encaje acontece, aplicar la consecuencia prevista legalmente** (García Amado, 1999). Este movimiento, iniciado en Prusia y Austria en el siglo XVIII, alcanzó su expresión más depurada en el Código napoleónico francés de 1804. La codificación pretendía instaurar una regulación uniforme para todo el conjunto de ciudadanos de los Estados modernos y marcó el inicio de una nueva época en el derecho europeo-continental (García Ruíz, 2003).

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

- Por otro lado, **la Escuela Histórica, la Pandectística y la Jurisprudencia Conceptual**. Como alternativa a la idea de codificación, se planteó la opción por una ciencia jurídica de calidad, pero adecuada a las características propias de cada nación y adaptable a su devenir histórico. Esos planteos tuvieron como protagonistas principales a Savigny y a la Escuela Histórica, iniciada por él; la Pandectística, de Windscheid; y la jurisprudencia conceptual, del *primer* Jhering (García Ruiz, 2003).

Estos enfoques contribuyeron a consolidar y generalizar una concepción sistemática del derecho muy fuerte que, con el tiempo, devino en formalismo jurídico (García Ruiz, 2003). García Amado (2012) explica que, actualmente, asociamos el formalismo con la comprensión del derecho como un **sistema completo, coherente y claro**. Además, lo caracteriza a partir de la configuración de todas o alguna de las siguientes tesis:

1. Las normas jurídicas, o al menos muchas de ellas, determinan por sí plenamente el contenido de la decisión judicial, que se ve, por tanto, como puramente ‘mecánica’ o meramente silogística. Digamos que basta ‘acercar los hechos del caso a la norma para que la solución salga sola y siendo el juez mero conducto por el que dicha solución se transmite de la norma al caso. La característica [que describimos] a continuación se deriva de esta primera.
2. En la decisión judicial conforme con el sistema jurídico –o al menos en la determinada del modo descrito en el apartado anterior– no queda espacio para que el juez opte entre soluciones alternativas; por consiguiente: a) las valoraciones del juez no son determinantes del contenido de la decisión; b) no hay lugar para el ejercicio legítimo de la discrecionalidad judicial; c) la sentencia será plenamente correcta solo cuando se atenga a esa solución objetivamente predeterminada por el sistema jurídico mismo.
3. El juez no debe en ningún caso hacer excepciones a la aplicación de las soluciones que las normas del sistema jurídico prescriben para el caso de que se trate. Las únicas excepciones a la aplicación de una norma del sistema jurídico a un caso que bajo ella encaje son las que se amparen en una norma del mismo sistema que prevea para dicho caso una solución especial (p. 14).

En el ámbito anglosajón sucedió algo similar que en el derecho continental. En este caso, el principal promotor de esta visión fue Christopher Langdell, quién proponía despojar al *common law* de su condición de repertorio casuístico. En su lugar, defendía la necesidad de establecer un sistema jerarquizado y unitario, compuesto por conceptos, principios y reglas, lo que permitiría contar con un derecho más certero. A ese fin, utilizó un método inductivo y analítico mediante el cual indagaba en los casos del pasado con la intención de localizar y abstraer elementos que podían ser generalizados. La generación de juristas que lo sucedió, formada con ese método, trasladó ese formalismo a la aplicación del *derecho*. Entonces, los operadores jurídicos procuraron resolver las controversias que se les presentaban de manera cuasideductiva y automática, mediante la subsunción de los hechos particulares de cada caso en conceptos generales y abstractos (García Ruiz, 2003).

En definitiva, la práctica del derecho que resultó de todas estas tradiciones jurídicas fue similar. Es decir, **la abogacía se centró sobre la deducción de las consecuencias de los dogmas establecidos en el derecho positivo –sea de origen legal o jurisprudencial– o en la ciencia**

jurídica; y se desconectó del contenido de sus enunciados y de las consecuencias sociales de su aplicación (García Ruiz, 2003).

¡DOS PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso...

...que una visión *formalista* del derecho defendería que las normas jurídicas determinan la solución de cualquier proceso judicial?

...que en la actualidad no es posible identificar prácticas formalistas?

2. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?

Sin embargo, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, los esfuerzos por sistematizar el derecho comenzaron a ser vistos como un error debido a su excesivo cientificismo y a que omitía considerar las condiciones en las que el derecho se desenvolvía. De esa forma, **se promovió volver a la experiencia como fuente de verificación y una mayor atención a los fines del derecho**. Estos cuestionamientos, nuevamente, tuvieron lugar a ambos lados del Atlántico (García Ruiz, 2003).

- En Europa continental, el quiebre estuvo dado por la obra del *segundo* Jhering, que a partir de 1877 defendió la necesidad de prestar mayor atención a los intereses que el derecho protege y una comprensión de lo jurídico más acorde a su contexto social. Con diferentes matices, otras corrientes profundizaron este desarrollo: la *jurisprudencia de intereses* de principios del XX, liderada por Heck; la *ciencia del derecho libre* de Kantorowicz; el *derecho vivo* de Ehrlich; la *escuela de la libre investigación científica* de Gény, entre otros (García Ruiz, 2003).
- En Estados Unidos, Oliver W. Holmes contribuyó tempranamente a la difusión de una visión crítica de la comprensión del derecho dominante en ese país. Pound, Brandeis y Cardozo continuaron su legado en un movimiento que el primero bautizó como *jurisprudencia sociológica*. Finalmente, en la década de 1920 surgió el llamado *realismo jurídico norteamericano*, ideado por un grupo de profesores (Llewellyn, Frank, Cook, Olipant, entre otros) que se interesó por estudiar el derecho *realmente vigente*, con independencia de lo que éste debiera o aspirara a ser (García Ruiz, 2003).

De esta forma, comenzó a gestarse un **cambio de paradigma en la teoría y metodología jurídica**. Así, se llegó a un consenso sobre determinadas ideas que, en la actualidad, se perciben como indiscutibles, pero que significaron una ruptura con el pensamiento anterior. Ahora, comprendemos que el ordenamiento jurídico positivo posee **antinomias, lagunas –no contempla todos los problemas–, las sociedades cambian y surgen nuevas necesidades y situaciones que demandan respuestas novedosas que no se encuentran en el código**. Por otro lado, entendemos que la aplicación de ciertas soluciones legales, aplicadas de un modo rígido, pueden ser injustas e inadecuadas en determinadas circunstancias (García Amado, 1999).

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

Más allá de las críticas a las que se ha sometido al formalismo jurídico, este enfoque influye – aun en la actualidad– sobre la práctica de una gran cantidad de operadores judiciales. Atienza (2011) describe al actual **juez formalista** como aquel que **se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, pues las interpretarlas de forma literal y descontextualizada**. Esta perspectiva conlleva un comportamiento ritualista que, por lo general, se oculta –pues según este autor, nadie se reconoce a sí mismo como un formalista. Así, pone de manifiesto el modo en que subsisten este tipo de prácticas y, a ese fin, realiza un listado de los rasgos que suelen evidenciar las sentencias dictadas por este tipo de jueces (**véase aquí caracterización completa de Atienza, 2011**).

Poco más tarde, en la década de 1950 se formularon diferentes propuestas teóricas orientadas a rescatar la práctica jurídica de la arbitrariedad y a proporcionar un fundamento intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones realizadas en cada decisión judicial; es lo que se denominó **Teorías de la Argumentación Jurídica** (García Amado, 1986). Estas teorías presentan una doble vertiente. Por un lado, **intentan superar la racionalidad heredada del positivismo científico que había reducido lo racional al principio de verificación y a la lógica formal**. Por otro, **rechazan los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico**. Independientemente de esto, se ha afirmado que lo esencial de los primeros planteos que se efectuaron en este campo es la redefinición de los problemas jurídicos asociados con la interpretación y aplicación del derecho como un **problema específico de índole práctica, cuya solución, por lo general, no es posible identificar ex ante en el ordenamiento jurídico** (Cabra Apalategui, 2010).

En esta línea, se sostiene que, aunque la demostración lógica y la prueba empírica no son aplicables al trabajo valorativo del derecho, su aplicación no es una operación arbitraria y aleatoria, pues posee su propia racionalidad. Desde este enfoque, **la verdad jurídica se construye de manera intersubjetiva y se justifica o se fundamenta por lo razonable que les pueda resultar a los demás**. La corrección de las decisiones se apoya en el consenso que, en cada caso, delimita el alcance de una norma mediante argumentos que no se extraen de ella, sino de postulados sociales compartidos. **Lo importante, aquí, es averiguar cómo se argumenta en las disputas jurídicas, cómo se motivan las decisiones, de dónde se extraen los argumentos y cuáles son sus tipos y su incidencia sobre el auditorio al que están dirigidos** (García Amado, 1999).

De esta forma, hoy sabemos que no es lo mismo la práctica de la argumentación que los modos hipotético- deductivos que sirven a la lógica para probar la verdad de ciertos enunciados (Gómez Posada, 2005). El modo en que se procede en la lógica formal difiere de la *lógica de la experiencia* que domina la argumentación en distintos aspectos. Esta última, si bien puede estar basada en hechos observables, está siempre ligada a un mundo de **valores** y de **creencias**, a una **ideología**, que depende de la **cultura** de cada comunidad y que adquiere valor de verosimilitud en el marco de cada grupo sociocultural (Calsamiglia y Tuson, 1999). En esta línea, podemos distinguir entre estas dos prácticas a partir de la caracterización que exponemos a continuación:

Argumentación	Demostración lógica
1. Se dirige a un auditorio	1. Tiene valor en sí misma
2. Se expresa en lengua natural	2. Se expresa en lenguaje formal
3. Las premisas son probables, verosímiles en relación con un sistema de valores	3. Las premisas son verdaderas o falsas
4. Su progresión depende del orador	4. Su progresión depende de mecanismos internos
5. Las conclusiones son siempre discutibles	5. Las conclusiones son verdaderas o falsas

Fuente: Calsamiglia y Tuson, 1999

Actualmente, existe una amplia bibliografía desarrollada al amparo de las Teorías de la Argumentación Jurídica. Más allá de esto, es importante aclarar que esta denominación no alude a una teoría establecida, sino un campo amplio de exploración (Vega Reñón, 2016). En este curso aludimos a la obra de cuatro autores que consideramos esenciales para la construcción de este marco teórico: **Perelman, Toulmin, MacCormick y Alexy**.

¡DOS PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso...

...que las Teorías de la Argumentación Jurídica plantean que el derecho tiene su propia racionalidad?

...que la lógica formal es fundamental para las Teorías de la Argumentación Jurídica?

3. LAS BASES DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

A continuación, vamos a trabajar con dos autores cuyos aportes proporcionaron las bases para el desarrollo de las Teorías de la Argumentación Jurídica, Chaïm Perelman y Stephen Toulmin. Antes de seguir con la lectura de este módulo, les sugerimos ver la clase del profesor español Juan Antonio García Amado en la que introduce esta perspectiva teórica.

García Amado

Qué es y para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica



3.1. Chaïm Perelman

El primer autor al que vamos a referir es Chaïm Perelman. Su obra más relevante en relación con la temática que abordamos es el "*Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*", de 1958, escrita en coautoría con Olbrechts- Tyteca. A partir de este trabajo relacionamos la argumentación con la **lógica informal**, aplicable a todo lo que se encuentra en el campo de lo **contingente y opinable**. Esto hace que la lógica informal tenga un **carácter situado y subjetivo**

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

que la aleja de la objetividad de la lógica formal. La lógica formal, ya sabemos, tiene demostración; la informal, argumentación. La demostración es válida o inválida; la argumentación es más o menos convincente. En este punto, uno de los aspectos más importantes en la tesis de Perelman es que **la argumentación no se da en abstracto, sino ante un auditorio concreto, con intereses definidos, con determinadas inclinaciones epistémicas, psicológicas o emocionales** (Beuchot, 1994).

Perelman distingue, por un lado, una retórica general y, por otro, una retórica aplicada a campos específicos; y explica que el derecho opera en el ámbito de la retórica aplicada. Así, este autor denomina lógica jurídica al estudio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas. La lógica jurídica, como mencionamos anteriormente, no es una rama de la lógica formal aplicada al derecho –los razonamientos jurídicos no pueden reducirse a razonamientos lógicos-formales– sino una rama de la retórica, regida por otros principios (Atienza, 2016).

En la argumentación jurídica, a diferencia de lo que ocurre en las ciencias (especialmente en las ciencias deductivas) y a semejanza de lo que ocurre en la filosofía y en las ciencias humanas, **es difícil lograr un acuerdo entre las partes**. Es decir, la argumentación tiene el carácter de una **controversia**. Esta dificultad se supera mediante la imposición de una decisión de una autoridad (en cambio, en la filosofía y en las ciencias humanas cada una de las partes –si no es persuadida por la otra– permanece en su posición). La autoridad judicial juega, en la visión de Perelman, un papel fundamental, pues considera que el procedimiento judicial es el sitio en el que se pone de manifiesto el razonamiento jurídico (Atienza, 2016).

Al describir los aportes teóricos de Perelman, Atienza (2016) enfatiza en que **la argumentación se mueve en el terreno de lo plausible; no busca establecer verdades evidentes, sino de mostrar el carácter razonable de una determinada decisión u opinión**. Por ese motivo, es fundamental la referencia al **auditorio** al que se trata de persuadir. De ese modo, define la argumentación como un proceso en el que **todos los elementos interaccionan constantemente**. La tradición racionalista concibe el razonamiento como un *encadenamiento* de ideas en el que la cadena de proposiciones no es más sólida que el eslabón más débil. Por eso, si se rompe uno de esos eslabones, la certeza de la conclusión se desvanece. Por el contrario, Perelman considera que la estructura del discurso argumentativo es un **tejido**: su solidez es superior a la de cada hilo que lo constituye. Como consecuencia de esto, no es posible separar de forma tajante los elementos que componen la argumentación.

El punto de partida de la argumentación es aquello que admitimos inicialmente (acuerdo). Este primer paso constituye un primer movimiento para persuadir a nuestro auditorio. Los objetos de acuerdo pueden ser relativos a lo *real* (hechos, verdades, presunciones) o a lo *preferible* (valores, jerarquías y lugares de lo preferible). Los primeros pretenden ser válidos para el auditorio universal; los segundos, en cambio, sólo son válidos para auditorios particulares, como puede ser un juez o tribunal (Atienza, 2016).

Así, por ejemplo, los hechos (trátase de hechos de observación o de supuestos convencionales) se caracterizan porque suscitan una adhesión tal del auditorio universal que sería inútil reforzar. Se diferencian de las *verdades* porque los primeros son objetos de acuerdo precisos, limitados, mientras que las segundas son sistemas

más complejos, uniones de hechos (por ejemplo, teorías científicas, concepciones filosóficas, religiosas, etc.). Y de las *presunciones* porque estas –a diferencia de los hechos– sí que pueden –o necesitan– justificarse ante el auditorio universal. [...] Los valores son objetos de acuerdo relativos a lo preferible en cuanto que presuponen una actitud sobre la realidad y no pretenden valer para el auditorio universal (Atienza, 2016, p. 95).

Un auditorio no se caracteriza tanto por los valores que admite, **sino por el modo en que los jerarquiza**. Una forma de justificar una jerarquía de este tipo consiste en recurrir a premisas de orden general (lugares comunes o tópicos). Existen tipos de argumentación que se desarrollan para un auditorio no especializado y otros que conciernen a auditorios particulares que se caracterizan porque permiten realizar ciertos tipos de acuerdos específicos. Una discusión no podría tener lugar si los interlocutores ponen en duda, sin ningún límite, los acuerdos de la argumentación (Atienza, 2016).

Al desarrollar nuestros argumentos, **es un error apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido**. Al proceder así se incurre en un tipo de falacia (i.e.: petición de principio) consistente en postular aquello que se quiere probar. La petición de principio es un error en la argumentación que se configura cuando se supone erróneamente que el interlocutor aceptó una tesis que se intenta que admita (Atienza, 2016). Vamos a trabajar en profundidad sobre falacias en el módulo IV del curso.

3.2. Stephen Toulmin

Como Perelman, Stephen Toulmin intentó explicar la argumentación a partir de un modelo diferente del que ofrece la lógica deductiva. A su modo de ver, **el modelo de la lógica deductiva no puede trasladarse al campo de lo que suele llamarse *razón práctica*, pues no da cuenta de la mayor parte de los argumentos desarrollados en ese ámbito**. A criterio de este autor, el único campo en el que sería adecuada la aplicación de la lógica deductiva es el de la matemática (Atienza, 2016).

Su obra más citada es *The Uses of Argument* (1958). Allí, establece un modelo para analizar los argumentos retóricos. Posteriormente, este modelo fue ampliado y sirvió de base para otra obra que publicó con Rieke and Janik, en 1979, denominada *An introduction to reasoning*. Asimismo, aborda, en coautoría con Jonsen, el fenómeno de la argumentación casuística en el libro titulado *The Abuse of Casuistry* (1988). Toulmin (1958) y Toulmin, Rieke & Janik (1979) conciben la **retórica** como una forma de conocimiento que genera **conocimiento, acuerdos y cambios conceptuales**. Además, señalan que la creación de nuevos paradigmas involucra la lectura crítica de la realidad en un ambiente de competición en el que **la verdad no se define como algo inmutable, sino contingente y creado en un contexto retórico argumentativo e histórico cultural** (Rodríguez Bello, 2004). De esta forma, propone tomar en consideración la relación que existe entre el valor del argumento y el marco en el que se lo aplica. **Ese valor depende de los criterios que resultan efectivos en un contexto determinado, pero también de la estructura de la argumentación** (Vega Reñón, 2016).

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

Es así que, a lo largo de su trabajo, Toulmin propone desplazar el centro de atención hacia la **práctica lógica**, pues le interesa la lógica operativa o aplicada; y para eso toma como modelo la jurisprudencia. Según esta idea, los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos y con las pretensiones formuladas ante los tribunales. A la luz de esto, considera **que un buen argumento, un argumento bien fundado, es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable**. De esta forma, la corrección de un argumento no es una cuestión formal (es decir, algo que dependa exclusivamente de la forma de las premisas y de la conclusión), sino que es una cuestión **procedimental**. Esto es, algo que tiene que juzgarse de acuerdo con criterios sustantivos e históricamente variables apropiados para cada campo (Atienza, 2016).



Fuente: elaborado a partir de Atienza (2016, p. 142)

Aquí, nos interesa profundizar, particularmente, sobre el modelo que propone Toulmin para estructurar la argumentación. Este autor reflexiona sobre las reglas que rigen la argumentación y las organiza en pasos que pueden ser aplicados en cualquier disciplina (Rodríguez Bello, 2004). A su entender, un argumento es una estructura compleja de datos que involucra un movimiento que parte de ciertos **hechos o datos** y llega al establecimiento de una **tesis**. El tránsito de esos hechos o datos hacia la tesis prueba de que la línea argumental se realizó de manera efectiva. La posibilidad de hacer esa conexión de deriva de la **garantía**. Luego, explica que la garantía cuenta con un **respaldo** que la fundamenta (Rodríguez Bello, 2004).

Estos cuatro elementos (tesis, hechos o datos, garantía y respaldo) integran lo que Atienza (2016) denomina **modelo simple de análisis de los argumentos**.

Elemento	descripción	Ejemplo: película King Kong
1. Hechos o datos	Al comenzar a argumentar, el proponente plantea un problema frente a otro u otros (oponentes). En caso de que el oponente cuestione de alguna forma la pretensión (si no es así, no surge la necesidad de argumentar), el proponente tendrá que dar las razones (hechos o datos) en favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes.	<i>El personaje no se limita a correr y gritar: tiene algún tipo de intercambio con King Kong y muestra sentimientos personales hacia él.</i>

2. Garantía

El oponente puede discutir los hechos o, incluso en caso de que los acepte, puede exigir que el proponente justifique el paso de las razones a la pretensión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía del argumento. La naturaleza de la garantía depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de la naturaleza, etc. en todo caso, las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros. La distinción entre garantías y hechos es la misma que se establece en la argumentación jurídica entre enunciados de hecho y normas.

La existencia de una relación sentimental entre King Kong y la heroína da a la película (permite considerar que la película tiene) profundidad psicológica.

3. Reserva

El proponente ha establecido una garantía para su argumento. Sin embargo, esto a veces no alcanza. En ocasiones, puede ser necesario mostrar también que la garantía es válida, relevante y que tiene un peso suficiente. Sobre todo, si hay diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión, el proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra. A ese fin, debe indicar el campo general de información o el respaldo que está presupuesto en la garantía que aduce y que, naturalmente, varía según el tipo de argumento.

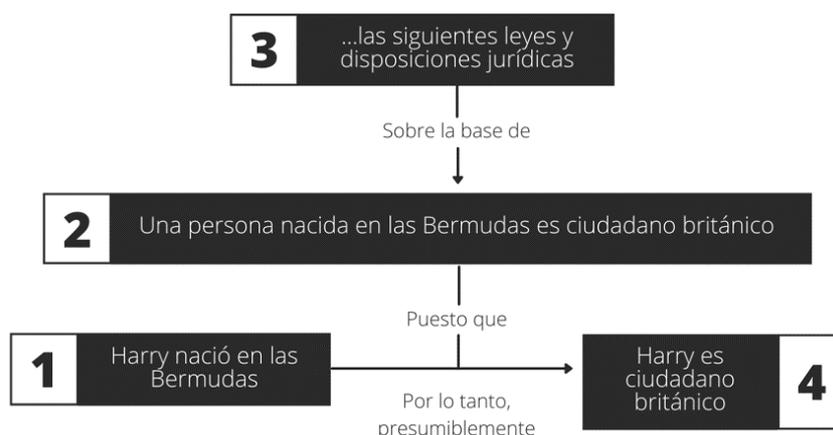
Los criterios habituales de lo que significa 'profundidad psicológica' en un film.

4. Tesis

La tesis es el punto de partida y el de destino de la argumentación. Consiste en la pretensión del proponente.

La nueva versión de King Kong tiene más sentido psicológico que la original.

Fuente: Elaboración propia a partir de Atienza (2016, pp. 140-142)



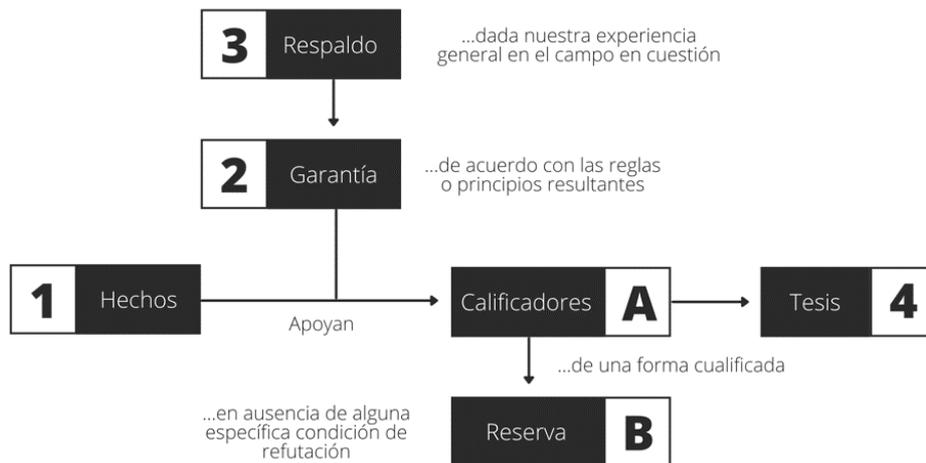
Fuente: elaborado a partir de Atienza (2016, p. 147)

Toulmin (1958), por su parte, nos propone el siguiente ejemplo sobre la aplicación de su modelo. Veamos:

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

Los elementos del *modelo simple* **nos permiten identificar un argumento válido**. Sin embargo, si queremos evaluar la fuerza del argumento en cuestión, debemos considerar dos elementos adicionales (Atienza, 2016):

- A. Esto se debe a que la tesis puede afirmarse, según el caso, con un grado de certeza mayor o menor. En la práctica, los *hechos*, la *garantía* y el *respaldo* le proporcionan a la tesis un apoyo más débil del que da cuenta el *modelo simple*. Dicha circunstancia se expresa mediante **calificadores modales**: presumiblemente, con toda probabilidad, plausiblemente, según parece, etc.
- B. Además, debemos tener en cuenta que el sustento de la tesis puede tener lugar sólo en la medida que se cumplan ciertas condiciones. Es decir, puede haber circunstancias extraordinarias que restrinjan la fuerza de los argumentos que se emplean. Designamos este elemento como **condiciones de refutación** o **reserva**.



Fuente: elaborado a partir de Atienza (2016, p. 144)

En resumen, el esquema completo explica que, a partir de determinados **hechos** o **datos** se formula una **tesis**. Una **garantía** conecta esos datos con la tesis; y, además, se les proporciona un **respaldo** consistente en la base teórica, práctica o experimental. Los **calificadores modales** indican si una aserción determinada debe interpretarse como verdadera, contingente o probable. Finalmente, se evalúan las **reservas** que podrían existir para que se haga lugar a la pretensión del proponente (Rodríguez Bello, 2004). Veamos un ejemplo de Vega Reñón (2016) acerca del modo en que podría aplicarse este modelo:

Elemento	Ejemplo
4. Tesis	<i>Usted o su seguro tendrán que pagar los daños causados en la defensa trasera del coche...</i>

1. Hechos o datos ...pues me ha alcanzado por detrás cuando estaba parado ante el semáforo rojo...

2. Garantía ...esto es lo preceptivo...

3. Respaldos ...en virtud de las disposiciones vigentes...

A. Calificadores ...y no podrán negarse a correr con todos los gastos del taller...

B. Reservas ...a menos que nos pongamos de acuerdo en una indemnización.

Como vimos, el modelo propuesto por Toulmin nos permite evaluar argumentos, al menos, en dos sentidos. Por un lado, **permiten analizar su validez a partir de la consideración de la secuencia que conforman hechos- garantía- respaldos- tesis**. Por otro lado, permiten incorporar dos elementos (calificadores y reservas) con los que reflexionar acerca de su **fuerza de convicción**. A continuación, les proponemos un ejercicio para que apliquen el modelo y exploren las posibilidades que les brinda.

4. APLICACIÓN DEL MODELO DE TOULMIN

Llegado este punto, los invitamos a ejercitar sobre la aplicación del modelo que expusimos en el apartado anterior a los argumentos desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso **“Gallo”** (20/5/2021). En particular, en esta actividad tienen que organizar el argumento que desarrolla el tribunal en función de los seis elementos con los que trabaja Toulmin: hechos, garantía, respaldo, tesis, calificadores y reservas. Para eso, les sugerimos utilizar una tabla similar a la que empleamos en los ejemplos que repasamos ([descargar tabla](#)); más allá de esta recomendación, pueden abordar esta tarea con el formato con el que se sientan más a gusto. Una vez que lo terminen, súbanlo al Web Campus a través de este [enlace](#).

5. EL DISCURSO ARGUMENTATIVO

A esta altura del módulo podemos considerar que contamos con una base teórica que nos permite caracterizar –aunque sea, modo preliminar– el discurso argumentativo. En este sentido, podemos decir que el concepto de *argumentación* refiere, de modo general, a un discurso mantenido durante una conversación. Un discurso, a su vez, es la acción o el resultado de utilizar las unidades intencionales que facilita la gramática de una lengua en un acto concreto de comunicación; y una conversación es un proceso de *interacción* discursiva. Es decir, se trata de una sucesión alternativa de intervenciones gramaticales-intencionales-inferenciales, orientadas por hilos del discurso y entretajadas en torno a un tema de conversación. Cada intervención es entendida no sólo como una adición o una contribución a lo que se dijo con anterioridad, sino como una reactualización del contexto en que se produce (Vega Reñon, 2016). Por lo demás, el discurso argumentativo puede caracterizarse en función de su **objeto, locutor, carácter y objetivo**.

Argumentación jurídica Destrezas básicas



Fuente: Calsamiglia y Tuson, 1999

La argumentación aparece, así, en muchas actividades discursivas de la vida social, ya sea pública o privada. Se argumenta en cualquier situación en la que se quiere persuadir a una o a varias personas (Calsamiglia & Tuson, 1999). **La argumentación jurídica, en particular, busca influir en cierto conjunto de individuos (jueces profesionales, jurados e, incluso, fiscales) con el fin de obtener o acrecentar la adhesión a una tesis determinada** (Grajales & Negri, 2014).

Como mencionamos con anterioridad, el discurso al que hacemos referencia aquí es esencialmente **dialógico** e involucra un intercambio verbal en que dos textos, la **propuesta** y la **refutación**, se enfrentan (Ferrari & Gianmatteo, 1996). En este sentido, vemos que se trata de un texto que se organiza sobre un esquema de **tesis** y **antítesis** sostenido por las partes que se encuentran en confrontación. Se construye a partir de un **problema** y **la convergencia de diferentes formas de solucionarlo** (Calsamiglia & Tuson, 1999).

En efecto, los discursos argumentativos se construyen como una **red** conformada a partir de un problema y la presentación de una tesis. **El problema es toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta, requiere necesariamente un entendimiento preliminar conforme al cual se lo debe tomar en serio y demanda buscar una única respuesta como solución**. Cada problema admite diversas lecturas. En ese sentido, existen diversos factores de evaluación y valoración que inciden en el intérprete al momento de identificarlos. La determinación del problema es relevante para la elección consecuente de la tesis (solución) que se defenderá (Grajales & Negri, 2014). En el siguiente ejemplo se puede observar el modo en que se extraen de un caso dos problemas jurídicos que permiten formular preguntas sobre las cuales plantear, en un segundo momento, una o varias tesis:

CASO	PROBLEMA	PREGUNTAS
Núñez ingresó a un supermercado y colocó un paquete de galletitas en uno de los bolsillos de su campera. En ese momento fue observado por el encargado del lugar a través de las cámaras de seguridad. Una vez advertido, señaló que no había robado nada y dejó el producto en el canasto que portaba. El policía se comunicó con la comisaría y el juzgado de turno. Por ese hecho fue imputado y procesado por el delito de hurto en grado de tentativa.	Núñez no había superado la línea de cajas; todavía estaba en condiciones de pagar por el producto o de volver a ponerlo en la góndola.	¿Es posible entender que hubo comienzo de ejecución del delito de hurto? ¿Hubo un desistimiento voluntario?
	Núñez se apropió de bienes de un valor económico muy escaso.	¿Se afectó el bien jurídico protegido? (propiedad) ¿La lesión es suficiente como para considerar que la conducta tiene relevancia penal?

Una vez identificado el problema, **debemos idear una propuesta relativa al modo en que podríamos resolverlo (tesis)**. Es importante considerar que no existe una única estrategia para abordar todos los problemas, sino que la mejor estrategia **dependerá del problema y de las preferencias personales que tenga el auditorio sobre los métodos de resolución de problemas**. Una vez que se formula la estrategia, debemos organizar la información de la que disponemos para implementarla (Atienza, 2013).

Como vimos, en el caso de Núñez identificamos dos problemas. Uno relacionado con el principio de ejecución de la acción; y otro con la afectación al principio de lesividad. Después de haber **investigado** sobre esas dos cuestiones –y saber, entre otras cosas, cómo suelen resolverse estos problemas en la jurisprudencia y en la doctrina, y cómo los abordan los jueces que van a fallar en nuestro caso–, deberíamos **jerarquizarlos**. Entonces, estaremos en condiciones de determinar una estrategia que contemple si vamos a trabajar con todos los problemas que advertimos o si, en su caso, escogeremos uno o varios de ellos. De esta forma, **formulamos la tesis que defenderemos como solución al problema**. En el caso del ejemplo podríamos plantear diferentes escenarios:

1. Afrontar el problema del principio de ejecución y, de manera subsidiaria, el de lesividad.
2. Trabajar el problema del principio de ejecución y descartar el de lesividad.
3. Trabajar el problema de lesividad y abandonar el de principio de ejecución.

Supongamos, aquí, que la estrategia que tiene más chances de prevalecer es la primera. Entonces, las dos tesis quedarían planteadas del siguiente modo:

PROBLEMA	TESIS
Núñez no había superado la línea de cajas; todavía estaba en condiciones de pagar por el producto o de volver a ponerlo en la góndola.	El delito de hurto que se le atribuye a Núñez no tuvo comienzo de ejecución.
Núñez se apropió de bienes de un valor económico muy escaso.	La conducta de Núñez no generó una afectación del bien jurídico protegido (propiedad) que sea penalmente relevante.

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

Para mayor claridad, veamos otro ejemplo:

PROBLEMA	TESIS
<p>Una persona es imputada por un robo cometido con otras cinco personas. Entonces, de discurso que puede calificarse el robo por haber sido realizado “en poblado y en <i>banda</i>” (cfr. art. 167 CP). Sin embargo, el concepto de “banda” no es unívoco y no se encuentra definido en el art. 167 CP.</p> <p>El principio de legalidad (art. 18 CN) establece que sólo se puede condenar penalmente a una persona por conductas previstas de forma expresa como delitos por la ley.</p>	<p>Se debe descartar la aplicación de la figura agravada del robo (art. 167 CP) por aplicación del principio de legalidad (art. 18 CN).</p>

Lo que vimos hasta acá nos ha permitido conocer el contexto en el que surgieron las Teorías de la Argumentación Jurídica. En particular, caracterizamos el **formalismo jurídico** y explicamos el tipo de argumentación asociado a este modo de entender el derecho y la abogacía. Sobre esta base, abordamos de manera específica los aportes de dos autores vinculados con el origen de las teorías de la argumentación, **Perelman** y **Toulmin**. Después de ejercitar la aplicación del modelo de Toulmin, planteamos una **redefinición antiformalista de algunos conceptos vinculados con la argumentación** y, a la luz de ello, describimos un **procedimiento para la composición de una estrategia argumental**. En el próximo punto, te proponemos poner en práctica estas ideas a partir del análisis de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. PROBLEMAS Y TESIS EN SENTENCIAS DE DERECHOS HUMANOS

Como mencionamos con anterioridad, uno de los aspectos centrales en el desarrollo de una estrategia argumental es identificar el **problema** que tomamos como punto de partida y la **tesis** que proponemos para resolverlo. Estos dos elementos determinan, con posterioridad, los argumentos que vamos a utilizar para persuadir a nuestro auditorio. De acuerdo con esto, los invitamos a que elijan una de las sentencias de la Corte IDH que les presentamos a continuación e identifiquen, al menos, dos problemas y las tesis que, en consecuencia, defiende la Corte IDH:

- [Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina](#)
- [López y otros v. Argentina](#)
- [Fornerón e hija v. Argentina](#)
- [Furlan y familiares v. Argentina](#)

Como en el ejercicio anterior, les sugerimos que utilicen una tabla para organizar los problemas y las tesis que seleccionaron ([descargar](#)). Una vez que concluyan el ejercicio, súbanlo al Webcampus a través del siguiente [enlace](#).

7. CONCLUSIÓN

Finalizado este módulo, esperamos que hayan tenido un primer acercamiento a las teorías de la argumentación. Consideramos especialmente importante que hayan comprendido el contexto en el que surgieron y los primeros desarrollos teóricos vinculados con este enfoque. En este punto, dentro de las posibilidades que nos brinda este curso, pudieron conocer algunos de los aportes fundamentales de Chaïm Perelman y Stephen Toulmin, y estudiar el modelo desarrollado por este último autor. Estos planteos nos permitieron, luego, caracterizar el discurso argumentativo.

De esta forma, con este módulo damos comienzo a dos líneas de estudio interrelacionadas que vamos a transitar a lo largo de este curso: una vinculada con el análisis de los aportes de diferentes autores asociados con las Teorías de la Argumentación Jurídica y otra con la construcción de discursos argumentativos, con foco en el análisis y el desarrollo de problemas, tesis y argumentos, y la identificación de falacias.

MÓDULO I	Teorías de la Argumentación		Construcción de argumentos	
	Perelman	Toulmin	Problema	Tesis
MÓDULO II	MacCormick		Problema	Argumentos
MÓDULO III	Alexy		Argumentos	
MÓDULO IV			Argumentos	Falacias

En el siguiente módulo vamos a indagar sobre la obra de otro autor fundamental en lo que atañe a las Teorías de la Argumentación Jurídica, Neil MacCormick. Sus planteos profundizan –y, en algún sentido, optimizan– el trabajo que habían realizado Perelman y Toulmin dos décadas antes.

BIBLIOGRAFÍA

Anscombe, J. y Ducrot, O. 1994. La argumentación en la lengua, Madrid: Gredos.

Atienza, M. 2011. Cómo desenmascarar a un formalista. *Isonomía*, (34), 199-201.

Atienza, M. 2013. Curso de argumentación jurídica. Curso de argumentación jurídica.

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

- Atienza, M. 2017. *Las razones del derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica* (Vol. 2). Palestra Editores.
- Beuchot, M. 1994. Filosofía y retórica en Chaim Perelman: el auditorio universal razonable. *Éndoxa*, 1(3), 301-316.
- Cabra Apalategui, J. M. 2010. La unidad de razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico.
- Calsamiglia, H., & Tusón, A. 1999. *Las cosas del decir: manual de análisis del discurso*. Barcelona: Ariel.
- Ducrot, O. 2001: *El decir y lo dicho: polifonía de la enunciación*, Barcelona: Paidós.
- Errázuriz Cruz, M. C. 2014. El desarrollo de la escritura argumentativa académica: los marcadores discursivos.
- Ferrari, L., & Giammatteo, M. 1996. Reformulación de un texto argumentativo por estudiantes universitarios. *Lenguas modernas*, (23), 115-131.
- García Amado, J. A. 1986. Del método jurídico a las teorías de la argumentación. *Anuario de filosofía del derecho*, (3), 151-182.
- García Amado, J. A. 1999. Retórica, argumentación y derecho. *Isegoría*, (21), 131-147.
- García Ruiz, L. 2003. La noción de sistema en la génesis del formalismo jurídico y su crítica a partir de la jurisprudencia sociológica norteamericana. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 7 (2003).
- Grajales, A. & Negri, N. A. 2014. *Argumentación jurídica*. Astrea: Buenos Aires.
- Harada, E. 2009. Algunas aclaraciones sobre el “modelo” argumentativo de Toulmin. *Contactos*, 7(3), 45-56.
- Rodríguez-Bello, L. I. 2004. El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa.
- Vega-Reñón, L. 2017. *Introducción a la teoría de la argumentación: problemas y perspectivas* (Vol. 4). Palestra Editores.

Módulo II

Mauro Lauría-Masaro

Lucía Pizzi



INTRODUCCIÓN

¡Bienvenidos/as al segundo módulo del curso!

En el módulo I tuvieron un primer contacto con las Teorías de la Argumentación Jurídica a partir de dos de sus fundadores: Perelman y Toulmin. Como vimos, ambas perspectivas teóricas ofrecen elementos relevantes para comprender el modo en que argumentamos, aspecto central y común a todos los oficios jurídicos. Sin embargo, estas conceptualizaciones todavía son insuficientes para abordar muchos de los problemas que nutren este enfoque teórico. Su relevancia, en cambio, radica en que abrieron un campo de investigación inexplorado y sentaron las bases sobre las que se construyeron las teorizaciones posteriores (Atienza, 2016).

Entre los autores que contribuyeron a profundizar nuestra comprensión de estas líneas de trabajo, abordaremos, en este módulo II, los aportes de **Neil MacCormick** y, en el módulo III, los de **Robert Alexy**. En la actualidad, ambas propuestas son identificadas en la literatura especializada como **teoría estándar de la argumentación jurídica**. Como analizaremos a continuación, estos dos enfoques, aun cuando provienen de tradiciones filosóficas y jurídicas diferentes, llevan a formular concepciones de la argumentación semejantes (Atienza, 2016) y aportan una gran cantidad de elementos para reflexionar sobre la práctica de la defensa.

Cómo saben, este segmento tiene una duración de quince días y les propone cumplir los siguientes objetivos:

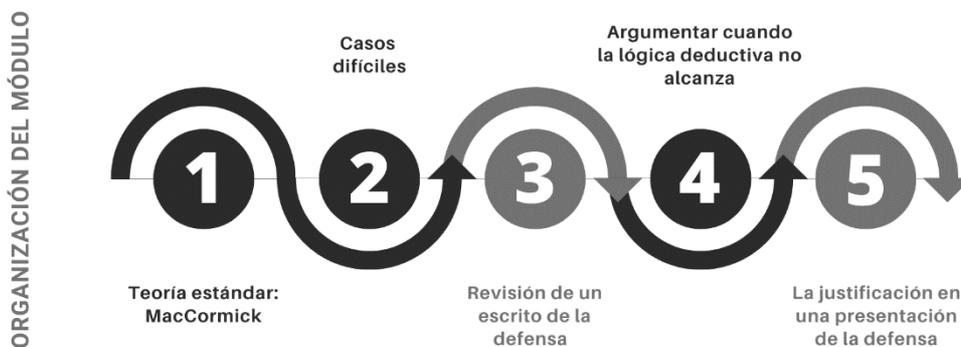
1. Comprender las bases teóricas de las *Teorías de la Argumentación Jurídica* y sus implicancias sobre la práctica del/a defensor/a;

1.1. Comprender los rasgos principales de la obra Neil MacCormick;

1.2. Utilizar el modelo propuesto por MacCormick para analizar una presentación de la defensa;

2. Evaluar argumentos en escenarios dilemáticos asociados al ejercicio de la abogacía;

2.1. Caracterizar un caso como difícil e identificar los recursos argumentales con los que abordarlo.



Este módulo se organiza en cinco segmentos:

- Primero, caracterizamos, de forma general, los aportes teóricos de Neil MacCormick a las Teorías de la Argumentación Jurídica.
- Segundo, clasificamos los casos jurídicos según su complejidad y atendemos, especialmente, a la caracterización de casos *difíciles* que ofrece MacCormick.
- Tercero, les proponemos un ejercicio orientado a analizar una presentación de la defensa integrando el contenido de este módulo con los conceptos de *problema* y *tesis* que trabajamos en el módulo I.
- Cuarto, describimos el abordaje argumental que propone MacCormick para casos cuya resolución no puede justificarse mediante el empleo de la lógica deductiva.
- Quinto, los invitamos a reflexionar sobre la aplicación de este modelo a la presentación de la defensa que estudiamos en el tercer punto del módulo II.

1. TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN: NEIL MACCORMICK

MacCormick formuló su teoría a partir de *Legal Reasoning and Legal Theory*, en el año 1978. Por lo demás, toda la obra de este autor se encuentra fuertemente influida por la de Hart; incluso, en sus últimos trabajos, en los que se definió como *postpositivista* (Bengoetxea, 2009). Los primeros aportes de MacCormick se explican por la intención de **responder a las críticas que se le hacían a *Concept of Law*, escrita por Hart en el año 1961**. Aunque este último libro se publicó en un contexto en el que la argumentación jurídica no era un tema de reflexión en la teoría del derecho, sus críticos –principalmente, Dworkin, que planteaba que el positivismo *hartiano* no descifraba como resolvían los tribunales estadounidenses los casos constitucionales– entendieron que tenía implicaciones importantes en materia de razonamiento legal. Esas críticas pusieron en evidencia la **necesidad de reflexionar acerca del modo en que la teoría de Hart podía ser utilizada, no sólo para comprender el derecho, sino también para explicar el modo en que se lo aplica** (López Paúl, 2016).

En este marco, MacCormick buscó construir una teoría que sea, en simultáneo, **descriptiva** y **normativa**; que refleje los aspectos **deductivos** y **no deductivos** de la argumentación jurídica; los aspectos **formales** y los **materiales**; y situada entre una teoría del derecho **ultrarracionalista** –como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso– y una **irracionalista** –como la de Ross, que sostiene que las decisiones jurídicas son un producto de la voluntad y no de la razón (Atienza, 2016, 170).

De este modo, nos ofrece un modelo teórico para la aplicación, concepción y teorización del derecho que ayuda a clarificar algunos de los postulados básicos de un *soft positivism*. Además, intenta recoger la práctica judicial positiva para reformularla normativamente de acuerdo con una perspectiva crítica. Su teoría de la argumentación **permite comprender lo que hacen los jueces y evaluar cómo deberían hacerlo de conformidad con un iuspositivismo normativo realista y pragmatizado** (Suárez Llanos, 2005).

Para MacCormick (2010) **el derecho es un foro de argumentación institucional que otorga un lugar central a las razones de autoridad** (leyes, precedentes, fuentes doctrinales) (Bengoetxea, 2009). En este marco, explica que hay acciones que son requeridas en virtud de una decisión, mandato o instrucción expedida por alguien en un escenario que se considera apropiado. Esta circunstancia puede contar como un argumento a favor de actuar de conformidad con un requerimiento cuya autoridad se fundamenta en la fuente de la que emana. En el derecho es habitual que se expongan este tipo de razones a la hora de argumentar. **Si la legislatura promulgó una norma que establece que los pasajeros de los automóviles deben utilizar cinturón de seguridad, entonces, la norma constituye, desde el punto de vista jurídico, una razón para usar el cinturón de seguridad.**

Sin embargo, MacCormick (2010) observa que la mayor parte de los autores contemporáneos consideran que **esta forma de entender el derecho es muy restrictiva**. De acuerdo con esto, afirma que es **falaz que las razones autoritativas** –incluso, entendidas en un sentido amplio, incluyendo a la jurisprudencia y a la doctrina– **sean las únicas que operan en el derecho**. Así, sostiene que, aunque la argumentación jurídica no puede prescindir de los argumentos de autoridad –que tienen un lugar especial en el derecho–, **no se trata de razones que se utilicen de forma exclusiva**. Esto es así porque el derecho es un conjunto común y autoritativo de normas para una comunidad o grupo que organiza un tipo de razonamiento sobre **cuestiones prácticas**. Este tipo de razonamiento abandona la deliberación general y abstracta sobre lo que sería mejor o correcto en un contexto dado y atiende, únicamente, a los requerimientos jurídicos y las decisiones se enfocan en la aplicación de esos requerimientos.

Desde esta perspectiva, afirma que la argumentación jurídica cumple, esencialmente, una función de **justificación**. Esta función está presente, incluso, cuando la argumentación tiene como finalidad la persuasión, pues **sólo se puede persuadir mediante la utilización de argumentos que estén justificados** (Atienza, 2016, 171). En el ámbito de lo jurídico, esto significa emplear argumentos que se correspondan con los hechos y con las normas vigentes. Así, sostiene que justificar una decisión jurídica es proporcionar las razones que demuestran **que la decisión asegura la justicia de acuerdo con el derecho**. Con ese fin, propone la utilización de una serie de criterios para determinar si una decisión jurídica está justificada y fundamenta su utilización en función de un **modelo de análisis** (Atienza, 2016, 171).

En este sentido, MacCormick estima que justificar una decisión práctica implica, primero, la utilización de **premisas normativas**. En la tesis de este autor este tipo de premisa no es el producto de una cadena de razonamiento lógico, por lo que **no proporciona razones concluyentes**. Más allá de esto, rechaza que las decisiones se sostengan en razones puramente *ad hoc* o *ad hominem*; o involucren reacciones puramente emocionales. El razonamiento jurídico debe poseer la nota de **universalidad** (véase punto 4.1); esto es, **se debe fundamentar en una norma general o un principio**. Aún con esto, considera que gente honesta y razonable puede discrepar acerca de ellas, pues **el razonamiento se encuentra determinado por la racionalidad y la afectividad de las personas implicadas en él** (Atienza, 2016).

¡DOS PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso...

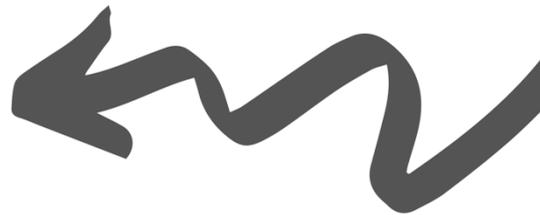
...que, de acuerdo con MacCormick, no existen argumentos *correctos* o *incorrectos*?

...que, según MacCormick, las premisas normativas agotan la argumentación jurídica?

2. CASOS DIFÍCILES

En el módulo I explicamos que los discursos argumentativos se construyen, fundamentalmente, a partir de problemas. Además, mencionamos el trabajo de Grajales & Negri (2014) para dar cuenta de que uno de los aspectos definitorios de un problema es que permite, en apariencia, más de una solución. En este módulo, con base en el trabajo de MacCormick, vamos a profundizar un poco más sobre esta idea a partir de la distinción de casos *fáciles* y *difíciles*.

Manuel Atienza
Casos fáciles y casos difíciles



MacCormick explica que, **en los casos fáciles, los jueces pueden justificar sus decisiones con argumentos de carácter estrictamente deductivo**. En estas situaciones, la lógica determina la obligación del juez de resolver en un sentido determinado; es decir, el fallo judicial se justifica a partir de un razonamiento lógico deductivo. Igualmente, como vimos en el apartado anterior, este autor resalta que la justificación deductiva debe cumplir con ciertos presupuestos y se deben tener en cuenta sus límites. **Un presupuesto fundamental es que el juez debe identificar y aplicar las reglas de derecho válidas** (Atienza, 2016). Si partimos de que el esquema básico de la argumentación judicial es el *modus ponens* –con una premisa normativa y otra fáctica–, podemos ejemplificar este tipo de decisiones del siguiente modo:

Premisa normativa	Art. 10 del Código Penal. “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: [...] f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.
Premisa fáctica	Nancy tiene un hijo de dos años y se encuentra privada de la libertad.
Conclusión	Se le debe conceder a Nancy la prisión domiciliaria.

Sin embargo, pueden presentarse diferentes **problemas en la formulación de las premisas normativas o fácticas** que ponen de resalto los límites de la justificación deductiva. Entonces, advertimos que, en ocasiones, los jueces resuelven **casos difíciles: casos límite en los que no está claro qué deben resolver y se presentan una multiplicidad de soluciones que pueden parecer razonables** (López Paúl, 2016). En estos casos hay conflictos entre derechos y la decisión judicial define cuál debe prevalecer. Así, aunque la adjudicación judicial confirma derechos

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

preexistentes, la sentencia involucra una auténtica elección entre opciones posibles o plausibles que no descarta el desacuerdo sobre cuál debe primar (Bengoetxea, 2009). MacCormick clasifica estos casos según presenten problemas de **interpretación, relevancia, prueba o calificación**. Los dos primeros afectan a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica (Atienza, 2016).

Casos difíciles según Neil MacCormick

Premisa	Normativa	Problemas de interpretación	Problemas de relevancia
		No hay dudas sobre la norma aplicable, pero su aplicación admite más de una lectura.	Es un problema previo a la interpretación relativo a la determinación de la norma aplicable al caso.
Fáctica	Problemas de prueba	Problemas de calificación	
	Se trata de problemas relativos al establecimiento de la premisa menor del silogismo.	Se discute si los hechos probados integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.	

Fuente: elaboración propia sobre la base de Atienza (2016)

Esta clasificación nos permite describir un caso a partir del *problema* que presenta. En particular, nos brinda la posibilidad de conocer el lugar en el que estamos posicionados para seleccionar la tesis que vamos a defender y los argumentos en los que podemos apoyarnos para justificar la necesidad de proceder de esa forma; en el punto cuatro de este módulo nos vamos a referir a esta cuestión con más detenimiento. Antes, los invitamos a realizar una actividad con el fin de dar los primeros pasos en el análisis de una *presentación de la defensa* en función de este enfoque teórico.

3. CARACTERIZAR EL CASO EN UNA PRESENTACIÓN DE LA DEFENSA

Concluida esta primera parte del módulo II, les proponemos trabajar con un escrito de la defensa. Les ofrecemos dos planteos diferentes para que opten por uno:

- a. **Presentación 1.** Recurso de apelación contra la decisión de un juzgado de primera instancia que rechazó una medida cautelar por la que se requería que una obra social afrontara el costo de una intervención quirúrgica orientada a que la peticionaria adecuara su cuerpo a su género autopercebido.
- b. **Presentación 2.** Nulidad de la detención y requisita de una mujer trans en la vía pública.

Una vez que elijan el planteo con el que prefieren trabajar, descárguenlo e identifiquen los problemas y las tesis que componen la argumentación que ensayó el defensor. En el documento que descargaron, marquen en amarillo los problemas y en verde las tesis.

Luego, en un documento diferente, respondan las siguientes preguntas:

- a. ¿Cuál es el **auditorio** con el que trabaja el defensor? Desde su punto de vista, ¿lo toma en consideración? ¿Qué elementos les permiten llegar a esa conclusión?
- b. ¿Cuántos **problemas** contiene el escrito? ¿Todos se encuentran asociados a una o varias **tesis**? Enumeren los problemas y vincúlenlos con las tesis propuestas.
- c. El planteo, en términos de MacCormick, ¿involucra un **caso difícil**? Fundamente su respuesta.

4. CUANDO LA LÓGICA DEDUCTIVA NO ALCANZA

¿Cómo argumentar jurídicamente en un caso difícil sobre la necesidad de aplicar la solución que proponemos? Dicho de otro modo, **¿cómo argumentar jurídicamente cuando la justificación deductiva no es suficiente para defender nuestra tesis?**

Como punto de partida, debemos que considerar que la respuesta judicial a un caso *difícil* puede ser justificada racionalmente. Según MacCormick, desarrollar esta tarea implica **elegir entre teorías rivales** y, una vez que se toma una opción, se justifica la elección en términos deductivos. Dicha justificación demanda **exponer el procedimiento que se siguió para elegir entre las teorías que se encontraban en pugna**. A diferencia de lo que plantea el formalismo jurídico – que no concebía otro criterio de evaluación de argumentos judiciales que el de la lógica formal, MacCormick introduce **elementos materiales** para evaluar estos argumentos (López Paúl, 2016).

La propuesta de MacCormick incluye el razonamiento deductivo, pero en un marco argumentativo en el que indaga sobre el procedimiento de selección de buenos argumentos para la decisión y el modelo para la adopción de esa decisión. Entonces, con el fin de integrar y complementar la lógica formal con la dimensión material, distingue entre **justificación interna y externa**. Así, parte de un nivel de *deducibilidad lógica de la decisión conforme a las premisas establecidas* (justificación interna) para, luego, desarrollar un segundo nivel centrado en la concreción de las premisas conducentes a la decisión y los criterios con los que los jueces identifican, sopesan y concretan los argumentos sustantivos que los llevan a adoptar una decisión aceptable y universalizable (Suárez Llanos, 2005).

La justificación interna exige consistencia entre las premisas y la conclusión. La conclusión debe seguirse deductivamente de las premisas. Además, la decisión debe respetar el criterio de universalidad (tratamiento igual de casos iguales). Por otro lado, la justificación de las premisas fácticas y jurídicas del razonamiento judicial deben cumplir con criterios de justificación externa (López Paúl, 2016), vinculados con las consecuencias que puede traer aparejada la sentencia (Atienza, 2016). En esta línea, Atienza (2016) explica que la decisión adoptada en un caso difícil se encontrará justificada en la medida en que:

Justificación
interna

1. Cumpla con el requisito de *universalidad*;
2. Tenga sentido *en relación con el sistema* (consistencia y coherencia)

Argumentación jurídica Destrezas básicas

Justificación
externa

3. Tenga sentido *en relación con el mundo* (consecuencias de la sentencia).

Con su teoría, MacCormick busca ofrecer **criterios de racionalidad para acotar la discrecionalidad del juez para resolver casos difíciles**. Desde ya, la aplicación de estas pautas no garantiza colocar al juez frente a una sola respuesta correcta; **sólo se propone orientarlo sobre el modo en que debe justificar su decisión para que se la considere razonable** (López Paúl, 2016). A continuación, explicamos con más detalles los criterios que, a criterio de este autor, deben cumplir los jueces para justificar sus decisiones.

4.1. Universalidad

En relación con el requisito de universalidad, MacCormick (2007) explica que **no es posible fundar una decisión en la ley sin decir de qué ley se trata**; es decir, debe especificarse el enunciado –o los enunciados– del texto legal que se consideran relevantes y aplicables a la posición que se defiende. Además, tienen que invocarse algunas **cuestiones de hecho relevantes** para la resolución del caso. Esto es, deben presentarse las alegaciones *de hecho* que sean relevantes a la luz de las disposiciones legales que se pretenden aplicar como fundamento de la decisión.

Las leyes se expresan en términos de universales y, de la infinidad de casos particulares que existen en el mundo, quien aplica una ley tiene que seleccionar un conjunto que ejemplifique los universales desplegados en ella; además, debe probar los hechos que los demuestren. Tal operación conlleva que las posturas iniciales en un caso se planteen como un intento de construir un silogismo jurídico (MacCormick, 2007). A la luz de esto, como vimos, se ha considerado que el razonamiento jurídico es ocasionalmente –o, incluso, recurrentemente– deductivo y la estructura de la justificación puede reconducirse al esquema deductivo (Bengoetxea, 2009).

El requisito de universalidad de la justificación es uno de los preceptos fundamentales del razonamiento jurídico, pues **exige que la resolución de un caso se fundamente, al menos, con una premisa que exprese una norma general o un principio**. Se trata de la premisa mayor del silogismo judicial (Atienza, 2016). De acuerdo con el ejemplo que vimos anteriormente, podemos decir que el desarrollo de un argumento implica, en primer término,

- Identificar una **hipótesis de tipo general** (art. 10 CP)...
- ...que enlace las **causas** (una mujer es madre de un niño menor de cinco años)...
- ...y el **efecto** (el juez puede conceder la prisión domiciliaria).

Aquí, se reproduce el esquema de argumentación de Toulmin. De acuerdo con esto, argumentar a favor de una pretensión implica **aducir hechos concretos y una garantía que permita el paso de las razones a la conclusión** (Atienza, 2016).

Por otro lado, al analizar esta condición, MacCormick afirma que debe considerarse la distinción lógica entre *generalidad* (cuestión de grado) y *universalidad* (propiedad lógica). En este sentido, por ejemplo, la proposición “se prohíbe toda discriminación entre las personas” es más general que la proposición “se prohíbe toda discriminación entre las personas por motivos de nacionalidad”. Sin embargo, ambas son igualmente *universales* (Bengoetxea, 2009).

MacCormick refiere, además, que **el cumplimiento de estas pautas es una condición de justicia formal** (Atienza, 2016). Es decir, requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales se produzca en función de **proposiciones universales (norma general o principio) utilizadas por el juez para decidir del mismo modo todos los casos iguales al caso individual que se le presenta** (Bengoetxea, 2009). De esta forma, el silogismo proporciona el marco en el que los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos (MacCormick, 2007).

Más allá de esto, como vimos, la adopción de decisiones jurídicas y el razonamiento jurídico justificativo no tienen el carácter demostrativo que parece indicar la reconstrucción silogística (MacCormick, 2007). En este escenario, nos enfrentamos a diferentes problemas. El primero de ellos se relaciona con que la **necesidad de interpretar la normativa aplicable**. La interpretación es una consecuencia inevitable de la importancia que tienen las razones autoritativas en los argumentos jurídicos; debemos aprehender la norma antes de aplicarla. En un sentido amplio, podemos decir que **toda aplicación de una razón autoritativa exige un acto de interpretación, pues es necesario comprender lo que el texto autoritativo requiere**. Es decir, cualquier acto de aprehensión del significado de una norma implica interpretación. Es probable que las propuestas rivales de interpretación cuenten con argumentos que los respalden (MacCormick, 2010).

¡DOS PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso...

...que el requisito de universalidad se corresponda con la necesidad de que la solución del caso se fundamente en la aplicación de una norma o un principio?

...que la aplicación de este principio es suficiente para solucionar un caso difícil?

4.2. Relación con el sistema

4.2.1. Consistencia

Se satisface el requisito de consistencia cuando **el argumento se sostiene en premisas normativas que no entran en contradicción con otras normas establecidas de forma válida**. Esta exigencia, además, se extiende a la **premisa fáctica** del razonamiento; esto significa que las proposiciones sobre el pasado no deben entrar en contradicción con las afirmaciones verdaderas sobre el presente. Se trata de una exigencia que deriva de la obligación de los jueces de **no infringir el derecho vigente y de ajustarse a la realidad en materia probatoria** (Atienza, 2016).

La consistencia es una propiedad *lógica* y *formal* del razonamiento (Bengoetxea, 2009). Así, por ejemplo, se identifica un problema de consistencia en el caso “Ramos Campagnolo”¹, resuelto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal. Allí, se hizo lugar a un recurso de casación deducido por la defensa y se revocó una sentencia de primera instancia que rechazaba la libertad condicional (art. 13 CP) de una persona por motivos que contradecían las previsiones legales. Entonces, los jueces Mahiques y Yacobucci afirmaron:

[N]o explica la magistrada los motivos por los cuales agrega, como impedimento legal a la concesión del instituto, que el condenado permanezca detenido en el marco de otra causa, empleando –sin dar otros fundamentos–, una interpretación *in malam partem*. En definitiva, no está controvertido que [la persona condenada] cumple con el requisito temporal establecido en el artículo 13 del C.P. para la concesión de la libertad condicional [...] y que, además, la totalidad de las áreas del Instituto Penal Federal Campo de Mayo (Unidad N° 34 del Servicio Penitenciario Federal) dictaminaron a favor de la concesión del beneficio –extremo que tampoco fue discutido–, lo cual es suficiente para habilitar el reclamo de la defensa, dado que la detención referida a la [otra] causa [...] en nada modifica la situación del causante respecto de la pena única impuesta en esta causa (art. 13 CP).

[S]e observa que el decisorio en cuestión carece de la debida fundamentación y no puede ser admitido como acto jurisdiccional válido, pues el motivo limitativo en el que se basa el rechazo de la libertad anticipada –esto es, el hecho de que el condenado no podría cumplir con las cláusulas compromisorias establecidas en el art. 13 del Código Penal por encontrarse detenido [en otro expediente]– no se encuentra previsto legalmente; lo que torna a la decisión a estudio en arbitraria y pasible de ser casada.

4.2.2. Coherencia

Por otro lado, la coherencia **demanda que las normas del sistema tengan sentido al integrarse en un todo**. A diferencia de la consistencia –que, como vimos, es una propiedad lógica y formal de las normas–, la coherencia requiere que exista una **armonía material o integridad** entre las interpretaciones que se hacen de las normas que componen el sistema. Así, es posible entender que la coherencia aporta una **estructura de soporte** a la argumentación judicial (Bengoetxea, 2009). La justificación externa de las premisas debe ser coherente en dos sentidos (López Paúl, 2016):

- Desde el punto de vista *normativo*, la norma seleccionada debe ser consistente con el sistema de leyes y precedentes.
- Desde el punto de vista *narrativo*, la selección de la premisa fáctica debe apoyarse en la prueba producida y dar cuenta de su resultado.

Coherencia normativa

La coherencia normativa proporciona un criterio para la interpretación de las normas que promueve aquella opción que tenga **más coherencia con los principios que inspiran el sistema**

¹ Reg. N° 922, causa N° 54000011, 31/7/2020.

(Bengoetxea, 2009). De este modo, se considera que una norma –o un grupo de normas– es coherente si puede subsumirse en una serie de **principios generales o de valores** que resulten *aceptables*. Se trata de un mecanismo de justificación que presupone que el derecho es una empresa racional y se corresponde con la idea de universalidad, pues permite considerar a las normas como conjuntos dotados de sentido. Además, promueve la certeza del derecho: aunque las personas no conozcan con detalle el ordenamiento jurídico, pueden comprender sus principios básicos y orientar la conducta (Atienza, 2016).

La coherencia normativa funda la aplicación de dos tipos de argumentos importantes para la resolución de casos difíciles: los **argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía** (Atienza, 2016).

Argumento	Definición	Ejemplo
A partir de principios	Los <i>principios</i> son normas generales que cumplen una función <i>explicativa</i> . Además, tienen un valor positivo por lo que también cumplen una función de justificación. Mientras las reglas tienden a asegurar un fin valioso o un modelo general de conducta deseable, los principios expresan el fin que se desea alcanzar. Un argumento basado en un principio no tiene carácter concluyente, pues dependen de valoraciones y suministran una justificación en ausencia de otras consideraciones que operen en sentido contrario (Atienza, 2016).	<i>TOC 7 de Lomas de Zamora. “González”. Causa Nº 2204. 14/8/2020</i> “[S]i los fines constitucionalmente proclamados de la pena privativa de la libertad y el sistema progresivo [...] solo pueden materializarse en la medida que se otorgue al condenado la posibilidad de obtener su libertad condicional de acuerdo a lo dispuesto en los párrafos que preceden, la prohibición incorporada al art. 14 apartado 10 del Código Penal de la Nación por la ley 27.375 no logra sortear el tamiz de constitucionalidad. [L]a solución propuesta por la norma, en tanto veda a las personas condenadas por los delitos comprendidos en los arts. 5, 6 y 7 de la de la ley 23.737 la posibilidad de obtener la libertad condicional, obstaculiza la adecuada resocialización y el tránsito progresivo durante la ejecución de la pena, aspectos que [...] tienen raigambre constitucional, obligando al sujeto a cumplir la totalidad de la pena en el encierro en detrimento de los derechos que lo asisten sin fundamento alguno. De esta manera se genera de hecho un régimen mucho más gravoso que aquel previsto por la ley fundamental sobre un colectivo de personas por la sola circunstancia de la calificación legal del delito cometido, que no solamente obstaculiza la posibilidad de flexibilizar el tratamiento, sino esencialmente, provoca la neutralización o inocuización del condenado al apartarlo del medio social libre más allá de los límites previstos normativamente, distorsionando notoria y arbitrariamente los fines de la pena perseguidos”

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

Por analogía	<p>Los <i>argumentos por analogía</i> tampoco son concluyentes. La analogía es un supuesto de uso no explícito –o no tan explícito– de principios; presupone también la coherencia del derecho, e implica siempre un momento <i>valorativo</i> (las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen). La analogía se sustenta, así, en razones de principio (Atienza, 2016).</p>	<p>CNCCC, Sala II. “DMA”. Causa 55.610. Reg. 74/2016. 12/2/2016.</p> <p>“Si bien la ley procesal no incluye, estrictamente contemplada, una hipótesis como la que aquí se plantea, toda vez que en el inciso quinto del artículo 317 del código de rito en la materia se menciona sólo la libertad condicional para la medida del tiempo cumplido en detención o prisión preventiva, es explicable tal ausencia de previsión expresa –como lo señala la parte recurrente– si se atiende a que la normativa que estableció el instituto de la libertad asistida, tuvo sanción con posterioridad a la de la ley 23.984, que estableció el actual Código Procesal Penal de la Nación. [...] Son de aplicación analógica en casos como el presente –in bonam partem y conjuntamente– las normas del artículo 317, inciso 5º del código adjetivo por el hecho de tratarse de un individuo sometido a proceso, y del artículo 54 de la ley 24.660, pues [...] es preciso analizar aquella regla a tenor de la sentencia dictada aunque falta de firmeza” (voto del juez Niño).</p>
--------------	--	--

Según un ejemplo propuesto por el propio MacCormick (1978), si el límite de velocidad para los automóviles es, por ejemplo, de 110 km/h, una norma que establece que los autos amarillos no pueden circular a más de 80 km/h sería *consistente*, pero resultaría *incoherente*. Ello, dado que **el color, en principio, no parece tener relación con los fines o los valores que debe perseguir la regulación del tráfico automovilístico.**

Coherencia narrativa

Los casos jurídicos tienen un carácter narrativo que se relaciona con el **intento de captar sucesos que ocurrieron en el pasado**. Estos casos frecuentemente refieren a sucesos que ocurrieron antes del litigio que se relaciona con ellos, por lo que debemos acreditarlos a través de la construcción de una narrativa. Independientemente de cómo se plantee la historia, de cuáles sean sus puntos de solidez o de fragilidad, es probable que, al final, sus particularidades sean comprendidas de un modo distinto del que se pretendió inicialmente. A partir de estos hechos, nos preguntamos si el caso cuenta como un ejemplo o un caso particular de la hipótesis que contempla la norma (MacCormick, 2007).

La idea de coherencia narrativa es un **criterio para resolver problemas probatorios, involucra cuestiones de hecho y adquiere relevancia cuando no hay prueba directa de ellos** (Atienza, 2016). En este sentido, permite evaluar los datos fácticos obtenidos en un marco explicativo narrativo en el que el relato de lo que se tuvo por acreditado, la calidad de los esquemas explicativos y la completitud de la información veraz se combinan para adquirir una verosimilitud o razonabilidad adicional (Bengoetxea, 2009). De esta forma, **justifica que asumamos o rechacemos determinadas creencias relacionadas con sucesos del pasado** (Atienza, 2016). Este tipo de coherencia tiene un carácter diacrónico o dinámico frente al carácter más sincrónico y sistémico de la coherencia normativa (Bengoetxea, 2009). Este modo

de afrontar los problemas probatorios puede apreciarse, por ejemplo, en el caso “FC-RECY”², de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Allí, el tribunal explicó que correspondía absolver a una mujer imputada por el homicidio de su pareja por los siguientes motivos:

En hechos de violencia de pareja –como el caso concreto– hay que valorar la secuencia de los mismos y los tipos y modalidades de agresiones, y no solo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal. Además, en estos hechos de violencia, generalmente son testigos presenciales los familiares de la pareja, por lo que para garantizar el derecho de defensa de las mujeres debe valorarse la prueba vinculada a la historia de violencia de género de la imputada, y no debe ser minimizada y excluida mediante una visión reduccionista de quienes tienen que juzgarlos, sobre todo cuando los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas. La producción de esta prueba y su valoración es insoslayable para probar que la imputada actuó en legítima defensa (cfr. Arduino, Ileana y Sánchez, Luciana, ‘Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres’, publicado en ‘Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia’, compilación Marcela V. Rodríguez y Raquel Asensio, CIEPP, año 2009, p. 71)”. [...] Estos aspectos esenciales que surgen de las declaraciones de los testigos presenciales no fueron valorados por la Cámara, sino que el análisis se centró en un hecho de violencia aislado y del último tramo de las agresiones protagonizadas por [GB] hacia la encausada, al no tenerse presente que la violencia de pareja que originó el desenlace fatal es la consecuencia de otras agresiones anteriormente llevadas a cabo, por quien resultó sujeto pasivo del hecho que originó esta causa penal en la que es imputada su pareja que estaba embarazada.

¡DOS PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso...

...que la diferencia entre la consistencia y la coherencia radica en que la primera se vincula con el examen de la materialidad de la norma, mientras que la segunda refiere a una propiedad lógica?

...que los argumentos a partir de principios permiten resolver un caso de forma concluyente?

² Causa N° 110.919, 23/6/2015.

4.3. Relación con el mundo

La relación con el mundo involucra la utilización de **argumentos consecuencialistas**. En este punto, interesan las implicaciones lógicas –denominadas *consecuencias jurídicas*– de las decisiones judiciales. Este modo de entender el consecuencialismo es compatible con la idea de que la justificación de las sentencias se vincula, por un lado, con la **utilización de razones finalistas o teleológicas** (la decisión promueve cierto estado de cosas que se considera valioso) y, por otro, **razones de corrección o axiológicas** (decisión se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior) (Atienza, 2016).

En relación con las razones finalistas, se trata de actuar a partir del examen de aquello que esa decisión ocasionará. Esa forma de razonar parte de considerar que el hecho de que ocasionar *x* sea un buen motivo para hacer *a* (que ocasiona *x*) presupone que *x* tiene un valor positivo. En lo que atañe a las *razones de correcciones*, se ha explicado que, dado que los juicios de valor son cuestionables en sí mismos, esta forma de argumentar tiene valor en la medida en que desarrollamos el valor que le atribuimos a *x*. Estos argumentos, además, apelan a valores que no requieren justificación. Más allá de esto, ya sea que los valores estén fundados objetiva o subjetivamente, **tanto los razonamientos axiológicos como los teleológicos deben referir a un valor *x* que se admita como autoevidente** (MacCormick, 2010).

Como explicamos, los argumentos teleológicos aluden al fin que se le imputa a una norma sobre la presunción de que ha sido promulgada por un legislador racional en un determinado contexto histórico. Sea que se exprese en términos negativos (por el *perjuicio* o el estado indeseable de cosas que la legislatura trata de remediar) o positivos (por el presunto buen estado de las cosas que se imputa como fin y objeto del acto), la idea es que debemos aplicar las normas como una empresa teleológica cuyo objetivo es independiente de los términos empleados en el texto promulgado; de esta forma, nos proporciona una guía para interpretarlo. En este sentido, **la interpretación ayuda a que se realice su propósito** (MacCormick, 2010).

En cambio, el razonamiento axiológico apela a los principios de lo correcto y lo incorrecto, lo que debe o no debe hacerse, donde estos principios, en sí mismos, son asumidos como finales, y no como derivados de alguna forma de razonamiento teleológico. Desde ya, es controvertido que exista algún principio que no sea derivado de lo correcto, o si lo correcto siempre depende de lo bueno. Por el contrario, puede discutirse en todo caso si nuestro sentido de lo que es bueno se deriva de nuestra aprehensión de lo correcto. Sin embargo, estos interrogantes no tienen que resolverse aquí, pues está claro que algunas veces **las personas argumentan a favor de un curso de acción porque es lo correcto sin considerar las consecuencias; es decir, argumentan deontológicamente** (MacCormick, 2010).

Aunque los argumentos consecuencialistas son decisivos para justificar una decisión en un caso difícil, **tampoco son concluyentes, pues no proporcionan una única respuesta correcta para**

cada caso (Atienza, 2016). Observamos un razonamiento de este tipo, por ejemplo, en el caso “Arriola”³, de la CSJN:

[E]n lo que aquí doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo. [...] Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

En este marco, podemos afirmar que argumentar a partir de las consecuencias implica (Bengoetxea, 2009):

- a. Proponer una decisión para un caso concreto por **aplicación de una regla universalizable**.
- b. Examinar el sentido práctico de la sentencia y la regla que contiene, **considerando todas las decisiones que podrían adoptarse al fallar de ese modo en todos casos imaginables**.
- c. Evaluar estas decisiones como posibles consecuencias del fallo **con diferentes criterios como la justicia, la conveniencia, el sentido común, el bienestar público y la prudencia**.

Más allá de esto, debe considerarse que, por muy deseable que sea la decisión en función de este examen *consecuencialista*, **no resultará aplicable si contradice una norma jurídica o el sistema jurídico**. Por tal motivo, los argumentos a partir de las consecuencias sólo son operativos dentro de los márgenes de la justificación judicial que mencionamos con anterioridad. Este tipo de argumento **añade fuerza –racionalidad y persuasividad– a la justificación y pueden motivar la elección de una interpretación concreta por sobre otra cuyas consecuencias –internas y externas al derecho– sean menos deseables desde el punto de vista de los valores –jurídicos y extrajurídicos– que promueve** (Bengoetxea, 2009).

5. APLICACIÓN DEL MODELO DE MACCORMICK A UNA PRESENTACIÓN DE LA DEFENSA

Para finalizar el módulo II vamos a retomar el análisis de la presentación de la defensa que abordamos en el primer ejercicio. Ya identificamos los problemas y las tesis que propuso el defensor y caracterizamos el caso a la luz de la clasificación que propone MacCormick. Ahora bien, si este caso reviste las características que contienen este tipo de casos, vimos que se abren una serie de posibilidades en términos argumentales. En particular, MacCormick nos permite pensar los argumentos a partir de los siguientes criterios:

- Universalidad
- Relación con el sistema (consistencia y coherencia)

³ Fallos 332:1963, 25/8/2009.

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

- Relación con el mundo

En este marco, los invitamos a analizar la presentación de la defensa de conformidad con este modelo:

- ¿Evalúa el escrito cada uno de estos puntos? ¿De qué forma los desarrolla?
- ¿Considera que el caso permitía desarrollar algún argumento que no se encuentra presente en el planteo?
- A la luz de la propuesta de MacCormick, ¿cuáles considera que son las fortalezas y las debilidades del planteo?

6. CONCLUSIÓN

Al finalizar este módulo habrán tenido una comprensión más robusta del desarrollo actual de las Teorías de la Argumentación Jurídica. En efecto, sobre la base de los conceptos apreñados en el módulo I, clasificamos los problemas que puede presentar un caso jurídico en virtud de su *dificultad* y analizamos el modelo que ofrece MacCormick para abordar la argumentación en favor de un tesis en concreto. Por otro lado, reflexionamos sobre una presentación de la defensa e indagamos acerca de la aplicación práctica de los postulados teóricos que repasamos a lo largo curso.

MÓDULO I	Teorías de la Argumentación Perelman Toulmin	Construcción de argumentos Problema Tesis
MÓDULO II	MacCormick	Problema Argumentos
MÓDULO III	Alexy	Argumentos
MÓDULO IV		Argumentos Falacias

En el siguiente módulo vamos a estudiar los aportes de otro autor esencial para las Teorías de la Argumentación Jurídica, Robert Alexy. De ese modo, vamos a concluir el examen de los cuatro autores que nos proponemos introducir en este curso (Perelman y Toulmin, módulo I; MacCormick, módulo II; y Alexy, módulo III) para finalizar el curso con un cuarto módulo enfocado en la comprensión de diferentes tipos de argumentos.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. 2016. Las razones del derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica (Vol. 2). Palestra Editores.
- Bengoetxea, J. 2009. El «último» MacCormick: la razón práctica y una narrativa coherente en torno a la soberanía post-nacional. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32.
- Bengoetxea, J. 2009. El «último» MacCormick: la razón práctica y una narrativa coherente en torno a la soberanía post-nacional.
- Grajales, A. & Negri, N. A. 2014. Argumentación jurídica. Astrea: Buenos Aires.
- Paúl, M. L. 2016. La indeterminación jurídica de la respuesta a los casos difíciles. Revista Iberoamericana de Argumentación, (12).
- MacCormick, N. 2010. Argumentación e interpretación en el Derecho. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33.
- Suárez Llanos, L. 2006. Razón práctica y argumentación en Maccormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa. Derechos y libertades, 15, pp. 173-210.

Módulo III

Martín Zuleta



INTRODUCCIÓN

¡Bienvenidos/as al tercer módulo del curso!

Como se explicó en el módulo II sobre la visión teórica de Neil MacCormick, la obra de ese autor y la de Robert Alexy son consideradas, en la actualidad, la teoría *estándar* de la argumentación jurídica. Las posturas de ambos autores coinciden en lo sustancial, pero la Teoría de la Argumentación Jurídica desarrollada por Alexy a partir de la publicación en 1978 de la obra "*Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*" parte del supuesto de que el derecho es un campo específico de la actividad argumentativa que forma parte de la argumentación práctica en general; es decir, aquella que pretende justificar racionalmente juicios acerca de lo que se debe hacer y, por eso, para llegar a su teoría de la argumentación jurídica debe primero plantear una *teoría del discurso práctico general* (Alexy, 1997).

Dentro de ese ambicioso proyecto teórico, una vez establecidas ciertas *reglas y formas* de la argumentación práctica general, pasará a desarrollar las *reglas y formas* específicas de la argumentación en materia jurídica. Por ese motivo dice que la argumentación jurídica es un "caso especial" de la argumentación práctica general. Una vez propuestas las *reglas y formas* de la argumentación racional, Alexy amplía el ámbito de su investigación sobre la toma de decisiones, ya que, a la teoría sobre la actividad jurídica como un procedimiento racional basado en *reglas*, además, suma una propuesta de forma racional de tomar decisiones basadas en la ponderación de principios, entendiendo estos como mandatos de optimización ordenados por el legislador.

De este modo, el autor pretende postular una teoría que dé cuenta de la fundamentación racional de los enunciados normativos que abarque la totalidad del discurso práctico de un modo articulado y sistemático. Alexy no pretende elaborar una teoría exclusivamente *normativa*, sino también una que penetre analíticamente en la estructura de los argumentos y que reconstruya un modelo de la forma en que efectivamente estos argumentos se dan en la actividad argumentativa realmente existente (Atienza, 2005, p. 150).



A la luz de estas ideas, en este tercer módulo se propone cumplir con los siguientes objetivos:

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

1. Comprender las bases teóricas de las Teorías de la Argumentación Jurídica y sus implicancias sobre la práctica del/a defensor/a;

1.1. Comprender los rasgos principales de la obra Robert Alexy;

1.2. Utilizar el modelo propuesto por Alexy para analizar una presentación de la defensa;

A ese efecto, organizamos el contenido de este módulo del siguiente modo:

- Primero, introducimos la teoría del discurso práctico general para explicar su relación con la Teoría de la Argumentación Jurídica ensayada por Alexy. En este sentido, abordamos las formas y las reglas que rigen la argumentación.
- Segundo, reflexionamos sobre el discurso jurídico y lo presentamos como un “caso especial” del discurso práctico general. A partir de ahí, analizamos las reglas y formas de la justificación interna, externa y de interpretación; y, entre estas últimas, estudiamos las reglas de la argumentación dogmática y sobre el uso de precedentes. Además, repasamos las formas de los argumentos jurídicos especiales y la cuestión de la única respuesta correcta.
- Tercero, abordamos el modo en que Alexy define las reglas y los principios y las consecuencias que esto tiene para su Teoría de la Argumentación Jurídica. En esta línea, nos detenemos en la conceptualización de los principios como mandatos de optimización y en la estructura de la ponderación.
- Cuarto, los invitamos a ejercitar sobre el contenido de este módulo a partir de la reflexión sobre su trabajo en el Ministerio Público de la Defensa.

1. LA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

Como se señaló, la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy está plasmada, en sus rasgos centrales, en su trabajo de 1978 *“La Teoría de la Argumentación Jurídica, Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica”* (Alexy, 1997). En dicho trabajo el autor busca profundizar sobre la exigencia de la justificación racional de las decisiones judiciales ya que, según entiende, “de que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales” (Alexy, 1997, p. 19).

Alexy dedica la primera parte de este trabajo a recorrer diversas teorías de la ética analítica y a la teoría del discurso práctico como procedimiento guiado por reglas (en este apartado visita la obra de Stephen Toulmin que se vio en el Módulo I), así como las teorías de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen y la teoría de la argumentación de Chäim Perelman (que también se vio en el Módulo I). Sin embargo, de las diversas teorías que analiza como paso previo para elaborar la propia, sin dudas la que tiene mayor influencia es la teoría del discurso racional en los términos en que fuera elaborada por Jürgen Habermas.

García Amado

Habermas y los fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica



Habermas postula un concepto de racionalidad amplio que le permite sostener que las cuestiones prácticas (es decir, la cuestión acerca de qué es lo que se debe hacer) pueden ser resueltas racionalmente. **Las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas mediante la fuerza del “mejor argumento”, de modo que el resultado del discurso práctico puede estar “racionalmente motivado” y los enunciados práctico morales pueden, en este sentido amplio, ser “verdaderos”** (Atienza, 2005, p. 151). Esta idea de “verdad” abandona el concepto tradicional de verdad como correspondencia entre un discurso y un estado de cosas –verdad por correspondencia– y lo reemplaza con una **visión “consensual” de la verdad** (Habermas, 1989, p.121, citado por Atienza, 2005).

Según Habermas, en todo acto de habla el hablante actúa con una pretensión de validez. En los actos de habla descriptivos se pretende que lo dicho es verdadero, mientras que en los prescriptivos o normativos, se pretende que lo dicho es, en algún sentido, “correcto”. Esa pretensión puede, a su vez, ser problematizada o puesta en cuestión y, en esas circunstancias, **el hablante tiene que “dar razones” que intenten fundamentar dicha pretensión de veracidad (en el caso del discurso teórico) o de corrección (en el caso del discurso práctico)**. Este discurso argumentativo remite a una **“situación ideal de diálogo”** en la que las comunicaciones no vienen impedidas por influjos externos contingentes, ni tampoco por coacciones propias de la estructura de las comunicaciones, sino que para todo participante de este ejercicio argumentativo está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos del habla (Habermas, 1989, citado por Atienza, 2005). La corrección de las proposiciones normativas depende, entonces, de que se pueda alcanzar un consenso en una situación de total libertad y simetría entre los participantes del discurso.

A partir de esta construcción teórica, **Alexy desarrolla una teoría de la argumentación de carácter “procedimental”, es decir que supedita la corrección de los enunciados normativos a que se pueda llegar a ellos como resultado de un procedimiento determinado**. Ahora bien, el procedimiento del discurso práctico racional que propone Alexy tiene algunas particularidades que lo distinguen de otras teorías procedimentales. Por un lado, respecto de los participantes involucrados, en este procedimiento no se recurre a individuos o auditorios ideales, sino que **postula la participación de un número ilimitado de individuos en la situación en la que realmente existen, siempre que cumplan con ciertas reglas y formas que garantizan la integridad del procedimiento de justificación racional de ciertos enunciados** (Atienza, 2005, p.155 y ss.).

1.1. Las reglas y formas del discurso práctico general

Como señalábamos, Alexy propone que la argumentación jurídica que es un “caso especial” de la argumentación práctica general, y se embarca en la tarea de bosquejar una teoría del discurso práctico general racional. A partir de su investigación sobre la obra de otros autores que se mencionó en el punto 1, propone un grupo de *reglas y formas* de la argumentación, subdividiéndolas en grupos de acuerdo a lo que buscan garantizar (Alexy, 1997, p. 185):

1. Las **reglas fundamentales**, que son condición de posibilidad para cualquier clase de comunicación lingüística que se trate de la verdad o corrección de ciertos enunciados:

Reglas de la lógica

1.1: Ningún hablante puede contradecirse.

Sinceridad

1.2: Todo hablante sólo puede afirmar aquello en lo que cree.

Coherencia o universalidad

1.3: Todo hablante que aplique un predicado a un objeto debe estar dispuesto a aplicar el mismo predicado a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes.

Comunidad de uso del lenguaje

1.4: Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

2. Un segundo grupo está constituido por las llamadas **reglas de razón**, que pretenden asegurar la *fundamentabilidad* racional de lo que se afirma:

Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen rechazar una fundamentación.

Esta “regla general de fundamentación” implica, a su vez, que se den los requisitos de la “situación ideal de habla” que proponía Habermas, y que Alexy formula de este modo:

2.1: Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso.

2.2: (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción; (b) todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; (c) todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

2.3: A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 2.1 y 2.2 mediante coerción interna o externa al discurso.

3. A partir de las reglas de fundamentabilidad que acabamos de ver, Alexy reconoce que podría bloquearse la argumentación “repetiendo mecánicamente como un niño la pregunta “¿Por

qué?” (Alexy, p. 191), por lo que se torna necesario introducir **reglas sobre la carga de la argumentación**:

3.1: Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

3.2: Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar razón para ello.

3.3: Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

3.4: Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene que fundamentar, si se le pide, por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4. Llegado a este punto, el autor introduce la cuestión de las **formas de los argumentos** específicas del discurso práctico. Para fundamentar *proposiciones normativas singulares* (N) se puede recurrir a dos tipos de argumentos: **basados en reglas (R) que se presuponen como válidas, o basadas en consecuencias (F, por la palabra alemana Folge: consecuencia) implicadas al seguir el imperativo implicado en N. Quien apela a una regla presupone que se dan las condiciones de aplicación de esa regla (T, por la palabra alemana Tatsache: supuesto de hecho); mientras que quien apela a un argumento consecuencialista presupone una regla que dice que la producción del estado de cosas F es buena u obligatoria.** Los argumentos propuestos toman entonces las siguientes formas:

Tipo de argumento	Forma	Ejemplo
4.1. Basados en reglas (R)	T - Supuesto de hecho	<i>Juan ha prometido visitar a su madre</i>
	R - Regla	<i>Las promesas deben ser cumplidas</i>
	N - Proposición normativa singular	<i>Juan debe visitar a su madre</i>
4.2. Basados en consecuencias (F)	F - Consecuencia	<i>Si Juan no visita a su madre le producirá un sufrimiento innecesario</i>
	R – Regla	<i>Es malo producir sufrimiento innecesario</i>
	N - Proposición normativa singular	<i>Juan debe visitar a su madre</i>

Como vemos, este planteo coincide con el esquema básico de Toulmin que vimos en el Módulo I, del que forman parte los hechos o datos (en este caso, T), y la garantía (en este caso, R), como fundamentación de una tesis (en este caso, N). En el mismo sentido que lo planteado por Toulmin, puede ocurrir que haya que proveer una justificación adicional para los hechos (T o F)

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

o para las reglas (R). En el primer caso, se trata de una discusión sobre hechos, que se da en el ámbito del discurso teórico y no del discurso práctico; mientras que, en el segundo caso, R se puede justificar, a su vez, señalando las consecuencias de esa regla más una regla R' que exija dichas consecuencias; o bien que exija R si se da la condición (supuesto de hecho) T', lo que da lugar a los argumentos de segundo nivel:

Tipo	Forma	Ejemplo
4.3.	F _R - Consecuencia con justificación adicional	<i>Quien incumple sus promesas produce un daño</i>
	R' - Regla 'adicional'	<i>No se debe dañar</i>
	R - Regla	<i>Las promesas deben ser cumplidas</i>
4.4.	T' - Supuesto de hecho adicional	<i>El sufrimiento disminuye el nivel de felicidad general</i>
	R' - Regla adicional	<i>Debe perseguirse el mayor nivel de felicidad general posible</i>
	R - Regla	<i>Es malo producir sufrimiento innecesario</i>

Estos argumentos también son formas específicas de 4. Ahora bien, en las formas 4.1 a 4.4 la aplicación de *una* regla lleva, en cada caso, a *un* resultado. Como es lógico, reglas distintas pueden llevar a resultados distintos e incompatibles entre sí, y en estos casos hay que decidir qué fundamentación tiene prioridad. Las reglas que se utilizan para justificar esas decisiones se denominan **reglas de prioridad** (que también pueden justificarse de acuerdo a 4.3 y 4.4) **y se expresan, de acuerdo a si la prioridad es bajo cualquier condición o es bajo ciertas condiciones**, de los siguientes modos, (entendiendo el enunciado "P" como la relación de preferibilidad de una regla sobre otra):

Tipo	Forma	Ejemplo
4.5. Para el caso de prioridad bajo cualquier condición.	R _i P R _k	Debe preferirse la regla que sostiene la <i>prohibición de dañar</i> a la regla que sostiene la <i>búsqueda de la felicidad general</i> .
4.6. Para el caso de prioridad bajo una cierta condición C.	(R _i P R _k) C	Cuando están en juego los derechos fundamentales, debe preferirse la regla que sostiene la <i>prohibición de dañar</i> a la regla que sostiene la <i>búsqueda de la felicidad general</i> .

5. Con las *formas* propuestas en el punto 4 se produce, ya, en un aumento de racionalidad (Alexy p. 197), pero con ellas se puede justificar cualquier proposición normativa (N) y cualquier regla. Por ello, hay que seguir buscando **reglas de fundamentación** para las argumentaciones efectuadas con estas formas. Por un lado, Alexy recurre a Hare, Habermas y Baier para postular **tres formulaciones del principio de universalidad que postuló en 1.3:**

5.1.1: Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso de que él se encontrara en la situación de aquellas personas (basada en el *principio de intercambio de roles* de Hare).

5.1.2: Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos (basada en el *principio de consenso* de Habermas).

5.1.3: Toda regla debe poder enseñarse de forma abierta y general (basada en el *principio de publicidad* de Baier).

Asimismo, en cuanto a la **racionalidad de las reglas**, un segundo subgrupo de reglas se refiere a su **génesis social e individual:**

5.2.1: Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba si: a) aunque originariamente se pueda justificar racionalmente ha perdido luego su justificación, o b) originariamente no se pudo justificar racionalmente y en la actualidad tampoco se pueden aducir nuevas razones que sean suficientes.

5.2.2: Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico-individual. Una regla moral no pasa esa prueba si se ha establecido sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

El autor deja explícitamente abierta la cuestión de qué condiciones de socialización son “no justificables” (Alexy, 1997, p. 200). Una última regla de fundamentación somete el discurso práctico a la posibilidad efectiva del cumplimiento de su **finalidad:**

5.3: Hay que respetar los límites de realizabilidad dados de hecho.

6. Finalmente, el autor repara en que a lo largo de la argumentación práctica existe la necesidad de elucidar cuestiones que no pueden ser resueltas mediante la propia argumentación práctica, ya sean cuestiones de hecho, cuestiones lingüísticas, o cuestiones sobre la misma discusión práctica. En estos casos debe asegurarse la posibilidad de pasar de una forma de discurso a otra, para lo que formula las llamadas **reglas de transición:**

6.1: Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

6.2: Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

6.3: Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

Estos seis grupos de reglas aumentan la probabilidad de alcanzar un acuerdo en cuestiones prácticas, pero **no garantizan ni que se pueda obtener un acuerdo para cada cuestión, ni que los acuerdos alcanzados sean definitivos e irrevocables** (Alexy, 1997, p. 201), ya que algunas de las reglas son cumplibles solo parcialmente (vgr. las reglas de razón 2.1- 2.3), y en atención a que todo discurso tiene que partir, por fuerza, de concepciones históricamente dadas y, por lo tanto, mutables. Sin embargo, sí es el caso que algunos juicios de valor o de deber son exigidos (son *necesarios discursivamente*) o necesariamente excluidos (son *imposibles discursivamente*). Dentro del ámbito de lo *discursivamente posible* puede haber reglas incompatibles entre sí, y esta situación puede ser objeto de un discurso práctico que fundamente reglas que permitan decidir entre soluciones contrarias (por ejemplo, basándose en las reglas democráticas de representación mayoritaria). Así, los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de **reglas jurídicas**. Alexy distingue **tres tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general** (Atienza, 2005, p. 163):

- La **creación estatal de normas jurídicas**, que cumple la función de seleccionar solo algunas entre las reglas *discursivamente posibles*.
- La **argumentación jurídica** (o discurso jurídico) que tiene como finalidad la solución de casos concretos a partir de las normas jurídicas.
- El **procedimiento judicial**, que garantiza que aun cuando con los procedimientos anteriores no sea posible encontrar una respuesta correcta para cada caso, cierre la cuestión dando una respuesta definitiva.

¡DOS PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso...

...que, para Alexy, siguiendo las reglas del discurso práctico general se puede alcanzar una respuesta definitiva para todas las cuestiones morales?

...que, de acuerdo con Alexy, siguiendo las reglas del discurso práctico general se pueden descartar algunas respuestas incorrectas para las cuestiones morales?

2. EL DISCURSO JURÍDICO COMO “CASO ESPECIAL”

Como se señalaba más arriba, el discurso jurídico es, para Alexy, un “caso especial” del discurso práctico general, ya que en el discurso jurídico se discuten cuestiones prácticas, con cierta pretensión de corrección, y dentro de determinadas condiciones limitantes. **El discurso jurídico no se limita a sostener una tesis, sino que pretende fundamentarla racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente.**

El procedimiento del discurso jurídico está determinado, entonces, por las *reglas y formas* del discurso práctico general que se vieron en el punto anterior, y por las **reglas y formas específicas del discurso jurídico que expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, de acuerdo con las particularidades de cada una de esas dimensiones del mundo jurídico.** Entre las *reglas y formas* del discurso jurídico pueden distinguirse las de “**justificación interna**” (que, como se vio en el módulo II, es aquella tendiente a sostener la deducibilidad lógica de un aserto en función de una serie de premisas) y las de “**justificación externa**” (la justificación de las premisas) (Atienza, 2005, p. 165).

2.1. Reglas y formas de la justificación interna

Respecto de la justificación interna, Alexy distingue una forma simple y una más general, que sirve cuando la forma simple resulta insuficiente. Veamos primero la forma simple:

Tipo	Forma	Ejemplo
J.1.1. “X” es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, “A” una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, “T” es un predicado que representa el supuesto de hecho de la norma (1) y “R” un predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.	(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$	<i>El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.</i>
	(2) TA	<i>El Sr. M es un soldado.</i>
	(3) ORA	<i>El Sr. M debe decir la verdad en asuntos del servicio.</i>

Para muchas situaciones jurídicas Alexy considera que esta forma es suficiente. Esta forma satisface la justificación mediante reglas universales requerida por el **principio de universalidad** (postulado en la regla 1.3). Por lo demás, formula las siguientes **reglas de justificación interna** como aplicación concreta de este principio:

J.2.1: Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

J.2.2: La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

Para los casos más complicados⁴ en que la inferencia deductiva propuesta en J.1.1 es insuficiente, propone la siguiente forma más general:

Tipo	Forma	Ejemplo
J.1.2. El esquema pretende mostrar lo que ocurre cuando en el supuesto de hecho T las propiedades definitorias del caso son diversas o alternativas y, por lo tanto, es necesario argumentar que ciertas propiedades presentes en el caso configuran ese supuesto de hecho.	(1) (x) (Tx → ORx)	<i>Se concederá la prisión domiciliaria para garantizar el derecho a la integridad personal de las personas que se encuentran privadas de la libertad en establecimientos carcelarios.</i>
	(2) (x) (M ¹ x → Tx)	<i>El derecho a la integridad personal de una persona privada de la libertad se encuentra en crisis si está enferma y su encarcelamiento le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no corresponde su alojamiento en un establecimiento hospitalario.</i>
	(3) (x) (M ² x → M ¹ x)	<i>Una cardiopatía grave es una enfermedad que no puede ser tratada adecuadamente en prisión y no amerita el alojamiento de quien la padece en un hospital.</i>
	(4) (x) (Sx → M ⁿ x)	<i>La cardiopatía grave debe ser diagnosticada por un cardiólogo.</i>
	(5) SA	<i>El cardiólogo A diagnosticó que B tiene una cardiopatía grave.</i>
	(6) ORA	<i>Se debe conceder a B la prisión domiciliaria.</i>

Esta forma satisface, además de las mencionadas, las siguientes reglas de la justificación interna:

J.2.3: Siempre que exista duda sobre si *a* es un *T* o un *M*, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

J.2.4: Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

J.2.5: Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

⁴ Alexy da como ejemplos de casos complicados cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho; o cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclaratorias, limitativas o extensivas; o cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas; o en la formulación de la norma se utilizan términos que admiten diversas interpretaciones.

2.2. Reglas y formas de la justificación externa

Además de los pasos que nos permiten pasar de las premisas a las conclusiones, **es necesario poder justificar la verdad o corrección de las premisas utilizadas (justificación externa)**. Las premisas, como se vio, son de tres tipos: **reglas de derecho positivo** (que se justifican mostrando su pertenencia al sistema jurídico), **enunciados empíricos** (que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las llamadas máximas de experiencia y las reglas sobre la carga de la prueba), y un tercer tipo de enunciados para cuya formulación es necesario recurrir a la argumentación jurídica y que son básicamente **reformulaciones** o **interpretaciones de normas**.

Alexy divide las *reglas y formas* de la justificación externa en seis grupos de acuerdo según sean: **de interpretación, de argumentación dogmática, de uso de precedentes, de argumentación empírica, de argumentación práctica general**, y un grupo al que llama, siguiendo a Ulrich Klug, **“argumentos jurídicos especiales”**, ya que son de particular importancia en el discurso jurídico. En cuanto a la argumentación práctica general, se vio más arriba cuáles son sus reglas y formas, mientras que, respecto de la argumentación empírica, Alexy no postula reglas y formas, fuera de la vista regla de transición 6.1 que permite pasar del discurso práctico al empírico.

2.3. Reglas y formas de interpretación

Veamos, entonces, en qué consiste la interpretación Alexy toma el modelo de justificación interna mencionado (J.1.2):

Tipo	Forma	Ejemplo
<i>J.1.2. En este modelo, de la regla R y la regla de uso de las palabras W, se sigue la regla R': Mx->ORx, que es una interpretación del enunciado normativo R a través de W. En el ejemplo, la regla interpretada es “Será reprimido con prisión de 1 a 5 años quien incurra en mala praxis médica”.</i>	(1) (Tx->ORx) (R)	<i>Será reprimido con prisión de 1 a 5 años quien [...] por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes a su cargo causare a otro la muerte (art. 84 CP).</i>
	(2) (Mx->Tx) (W)	<i>La mala praxis médica es un caso de inobservancia de los deberes a cargo del profesional.</i>
	(3) MA	<i>La Dra. Pérez incurrió en mala praxis médica.</i>
	(4) ORA	<i>Debe ser prisión de 1 a 5 años para la Dra. Pérez.</i>

Lo que se busca con los argumentos de interpretación es fundamentar o justificar el paso de R a R', es decir del enunciado normativo a interpretar al enunciado normativo interpretado. Alexy distingue seis grupos de argumentos tendientes a justificar este paso: **semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos**.

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

La interpretación **semántica** –es decir, aquellos basados en la descripción del uso del lenguaje– admite tres posibilidades según se desee argumentar a favor, en contra o mostrar que es posible una cierta interpretación:

(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i .

(J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_k .

(J.3.3) Es posible aceptar a R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R. pues no rigen ni W_i ni W_k .

En cuanto al argumento **genético**, el paso de R a R' se justifica porque corresponde con la *voluntad del legislador*. Este tipo de argumento puede basarse tanto en la voluntad directa del legislador de que R sea interpretado de determinada forma (J.4.1) o bien, más habitualmente, en los fines presuntamente perseguidos por el legislador (J.4.2):

Tipo	Forma	Ejemplo
J.4.1.	(1) R' es lo querido por el legislador al promulgar R.	<i>Al promulgar el art. 114 de la CN, el constituyente quiso que el término “equilibrio” fuera entendido como igualdad de número de representantes entre los diversos estamentos.</i>
	(2) R'	<i>El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure la igualdad de número entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal.</i>
J.4.2.	(1) Con R. el legislador pretende alcanzar Z	<i>Al promulgar el art. 114 de la CN, el constituyente pretendió dotar de equivalencia de armas a los órganos surgidos del voto popular y a los estamentos técnicos de jueces y abogados de la matrícula federal.</i>
	(2) –R' → -Z (si no se interpreta R' no se alcanzará Z)	<i>Si no se interpreta el término “equilibrio” como “igualdad de número” no se alcanzará dicha igualdad de armas.</i>
	(3) R'	<i>El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure la igualdad de número entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal.</i>

El segundo argumento que vimos recién guarda gran similitud con la forma del argumento **teleológico**, que se diferencia en que en este caso el fin Z no está postulado como voluntad del legislador sino como objetivamente obligatorio (ordenado por el sistema):

Tipo	Forma	Ejemplo
J.5	(1) OZ (Es obligatorio alcanzar el fin Z)	<i>Es obligatorio alcanzar la equivalencia de armas entre los órganos surgidos del voto popular y los estamentos técnicos de jueces y abogados de la matrícula federal.</i>
	(2) -R' -> -Z	<i>Si no se interpreta el término "equilibrio" como "igualdad de número" no se alcanzará dicha igualdad de armas.</i>
J.5	(1) R'	<i>El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure la igualdad de número entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal.</i>

En cuanto a los argumentos **histórico, comparativo y sistemático**, el autor no postula formas específicas. En el argumento histórico se hace referencia a la historia del problema jurídico discutido para dar razones a favor o en contra de una interpretación. En el comparativo se hace lo mismo, pero basándose en la experiencia de otro sistema jurídico. Finalmente, en los argumentos sistemáticos se hace referencia a la situación de una norma en relación lógica o teleológica con otras normas, fines y principios del sistema.

Los diversos argumentos interpretativos pueden y suelen llevar a resultados distintos según cuáles se utilicen. Alexy considera que, si bien no puede hacerse una jerarquía de cánones de interpretación, sí cabe establecer ciertas reglas de prevalencia, y de extensión del principio de universalidad a la interpretación:

J.7⁵: Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

⁵ La regla J.6, que ha sido omitida, versa sobre el requisito de saturación. J.6: Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de interpretación. Esta regla se refiere a que, para todas las formas de los argumentos propuestas existen premisas y reglas de inferencia implícitas, que deben tenerse en cuenta a la hora de recurrir a un canon interpretativo.

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

J.8: La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

J.9: Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

2.3.1. Reglas de la argumentación dogmática

Alexy concede a la dogmática jurídica un papel preponderante en la argumentación jurídica. Entiende a la dogmática como una “disciplina pluridimensional” (Alexy, 1997, p. 241) y la define como: **(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero que no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo** (Alexy, 1997, p. 246). Para este tipo de argumentos se postulan las reglas:

J.10: Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

J.11: Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

J.12: Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

2.3.2. Reglas sobre el uso de precedentes

La argumentación basada en precedentes tiene como fundamento que el campo de lo “discursivamente posible” no puede llenarse de modo inconsistente, con decisiones incompatibles entre sí. La obligación de aplicación del precedente, por su parte, no es absoluta, pero la carga de la argumentación la tiene quien propone apartarse del precedente. Las reglas formuladas por Alexy son:

J.13: Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

J.14: Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

2.4. Formas de los argumentos jurídicos especiales

Finalmente, Alexy introduce tres formas de argumentos que, como se dijo, no son exclusivos del mundo jurídico, pero sí son característicos de este: **el *argumentum e contrario*, la analogía y la reducción al absurdo**. Estos tipos de argumentos, de gran importancia en el mundo de la argumentación jurídica, se verán en profundidad en el módulo IV. Aquí, se mencionan sus formas tal como las propone Alexy:

Tipo	Forma	Ejemplo
<p>J.15. Esta es una inferencia lógica que implica que si es falso el consecuente de un condicional, entonces es falso el antecedente. Se basa en una norma que, interpretada, sostenga que solo si Fx entonces OGx [(x) ($Fx < > OGx$)], es decir un bicondicional lógico, de la que se desprende (1). En el ejemplo, "Está prohibido fumar si y solo si se está en un espacio cerrado".</p>	(1) (x) ($OGx \rightarrow Fx$)	Existe una prohibición de fumar solo en espacios cerrados.
	(2) (x) ($\neg Fx \rightarrow \neg OGx$)	No es el caso de que este sea un espacio cerrado, por lo que no existe prohibición de fumar.
<p>J.16. (1) Para todo X si X es una situación jurídica (F) o similar a F (F sim), debe aplicarse la normativa G (OG). (2) Para todo X si X es (H), entonces x es similar a F (F sim). (3) Para todo X si X es (H), entonces debe aplicarse la normativa G (OG).</p>	(1) (x) ($Fx \vee F_{SIM}X \rightarrow OGx$)	Para toda situación en que haya un contrato de compraventa o un contrato similar al de compraventa, debe aplicarse lo dispuesto en el Cap. 1 del Tit. IV del CCyC.
	(2) (x) ($Hx \rightarrow F_{SIM}X$)	Para toda situación en que haya una cesión onerosa de un derecho, el contrato es similar a la compraventa.
	(3) (x) ($Hx \rightarrow OGx$)	Para toda situación en que haya una cesión onerosa de un derecho, debe aplicarse lo dispuesto en el Cap. 1 del Tit. IV del CCyC.
<p>J.17. Está prohibido (o, en una versión más débil, no es deseable) el resultado Z. Si se interpreta una norma R del modo R' ocurrirá el resultado Z. Por lo tanto, es debido no interpretar R del modo R'. Puede verse la relación con el esquema del argumento de interpretación teleológica J.5.</p>	(1) O-Z	Debe evitarse resolver de modo manifiestamente injusto
	(2) $R' \rightarrow Z$	Si se interpreta la ley en determinado sentido, el resultado será manifiestamente injusto
	(3) $\neg R'$	Por lo tanto, no es aceptable interpretar en dicho sentido.

Para estos argumentos es importante señalar que **las premisas que los forman deben estar, a su vez, racionalmente fundamentadas en el discurso jurídico.**

2.5. La cuestión de la única respuesta correcta

Como vimos, la argumentación jurídica permite ir más allá del discurso práctico general en la justificación racional de las cuestiones prácticas, pero también tiene sus límites. Una solución que se alcance respetando las reglas y formas mencionadas es una solución racional, pero **no está garantizado que sea la única respuesta correcta** (como postulan otros autores). **El discurso jurídico delimita respuestas *discursivamente necesarias*, respuestas *discursivamente imposibles*, y deja una tercera categoría: las respuestas *discursivamente posibles***. Así, dos participantes del discurso jurídico pueden llegar a soluciones incompatibles entre sí, sin que ninguna de ellas sea contraria a las reglas del discurso racional. Se trata de la misma limitación que tiene el discurso práctico racional general, que se vio en el punto 1.

¡CINCO PREGUNTAS!

¿Es verdadero o falso, según Alexy...

...que toda decisión jurídica debe fundarse en una regla de tipo general?

...que hay un solo resultado posible de la interpretación de las normas jurídicas?

...que la sujeción a los precedentes judiciales forma parte de las reglas del discurso jurídico?

...que la sujeción a los precedentes judiciales es siempre obligatoria?

...que siguiendo las reglas del discurso jurídico, se puede alcanzar una respuesta definitiva para todas las cuestiones jurídicas?

3. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE ALEXY

Alexy entiende que una teoría de la argumentación jurídica despliega su valor práctico en el contexto de una Teoría General del Derecho, uniendo el modelo de sistema jurídico como modelo de procedimientos, que se vio hasta ahora, con el modelo de sistema jurídico como sistema de normas. El primero da cuenta de la actividad de los operadores judiciales, es una teoría “de la actividad” jurídica, y consta de los cuatro procedimientos que se mencionaron: el discurso práctico general, la creación estatal del derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El segundo da cuenta de la visión descriptiva del derecho, que busca mostrar que el derecho en tanto sistema no está integrado solo por normas en sentido estricto sino también por principios (Atienza, 2005, p. 174).

3.1. Los principios como mandatos de optimización

Para Alexy, **la diferencia entre reglas y principios es que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Son mandatos “de todo o nada”. Una regla válida implica la obligación de hacer exactamente lo que la regla ordena. Las reglas, por ello, determinan el campo de lo posible. Los principios, por su parte, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son mandatos “de optimización” que se pueden cumplir en diversos grados** (Alexy, 1988, p. 143).

Así como la forma típica de los argumentos basados en reglas es la **subsunción** como se vio en la forma de justificación interna (J.1.1), la forma típica de los argumentos basados en principios es la **ponderación**. **La ponderación permite fundamentar racionalmente la prevalencia, para un caso específico, de un principio sobre otro**. Si bien Alexy no propone que se pueda establecer una jerarquía rígida entre principios, sí considera que es exigible una clase de orden entre ellos que cumpla con tres elementos: Un sistema de condiciones de prioridad que garantice que las colisiones entre principios se resuelvan en el mismo sentido para nuevos casos (garantizando la exigencia de universalidad); un sistema de *estructuras de ponderación* que tenga en cuenta a los principios como mandatos de optimización en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, y que las prioridades lo sean solo *prima facie*, es decir que pueda modificarse la primacía de un principio sobre otro en el futuro. Como se ve, los elementos coinciden con las exigencias del discurso práctico general.

3.2. La estructura de la ponderación

Alexy sostiene que, en el derecho constitucional, la ponderación es una parte de lo exigido por el principio más amplio: el **principio de proporcionalidad** (Alexy, 2009, p.8). A su vez, el principio de proporcionalidad consta de tres partes: **el subprincipio de adecuación, el de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto**.

Los principios, como vimos, son mandatos de optimización, es decir que son normas que ordenan realizar algo en la más alta medida posible en relación a las posibilidades materiales y jurídicas. Los sub-principios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

las posibilidades materiales. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.

- *Sub-principio de adecuación:* Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa no resulta idóneo para este fin, pero sí perjudicara la realización de Pb, entonces al omitir M no se generan costos para Pa ni para Pb, mientras que si se realiza el medio M no hay costos para Pa pero sí para Pb. Tomados en conjunto Pa y Pb, pueden realizarse en más alta medida si no se produce M que si sí se produce M, por lo que M está prohibido por la conjunción de Pa y Pb.
- *Sub-principio de necesidad:* Entre dos medios M₁ y M₂ que promueven Pa de igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb debe ser elegido, si es igualmente adecuado, y no hay un tercer principio Pc afectado negativamente.
- *Sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto:* En los casos en que es imposible evitar afectar un principio para garantizar el cumplimiento de otro, como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio Pa, tan alta tiene que ser la importancia de la realización del otro.

Para mostrar la importancia de este procedimiento de ponderación Alexy toma como ejemplos de ponderación dos casos del Tribunal Constitucional Alemán: El caso *Tabaco* y el caso *Titanic*.

En el primero de ellos el Tribunal clasificó el deber de las tabacaleras de colocar sobre sus productos advertencias sobre los peligros de fumar como una intervención “ligera” en la libertad de comercio (una “onerosa” sería, por ejemplo, prohibir la distribución de tabaco completamente). Por el lado de las razones a favor de la intervención, los peligros a la salud implicados en el fumar son altos, por lo que las razones para la intervención se consideraron “graves”. Así, resulta que entre la leve intensidad de la intervención al principio de libertad de comercio y la gran importancia de la razón a su favor, el tribunal considera “evidente” el resultado del examen de proporcionalidad favorable a la restricción.

En el caso *Titanic*, por su parte, estaban en conflicto el derecho a la personalidad o al honor y el derecho a la libre expresión. La revista satírica *Titanic* había llamado “asesino nato” e “inválido” a un oficial de reserva con discapacidad motora, y fue condenada a pagar una indemnización por el tribunal local. El Tribunal Constitucional realizó una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho general a la personalidad determinando la intensidad del perjuicio a cada uno de esos principios. La condena fue clasificada como una intervención *más grave* en la libertad de expresión, ya que el pago podía menoscabar la disposición futura de los demandados a publicar una revista, mientras que la naturaleza satírica de la revista *Titanic* sirvió para atribuirle al daño realizado al derecho a la personalidad una intensidad *media* respecto del mote “asesino nato”. Para justificar una intervención de intensidad *grave* en el derecho a la libre expresión, entonces, el tribunal entendió que el daño producido debió haber sido también de intensidad “grave”. Así se consideró respecto del término “inválido”, ya que consideró que dicho término es humillante y vulnera “gravemente” el derecho a la personalidad del nombrado.

Respecto de ese término, el Tribunal entendió que la condena estaba justificada en función del análisis de proporcionalidad.

Como se ve, en el caso de la ponderación también se trata de intentar construir un modelo racional de toma de decisiones que permita maximizar el grado de racionalidad práctica.

4. EJERCICIO

En el módulo anterior analizamos, a la luz de los planteos de MacCormick, una presentación realizada por un/a defensor/a. Ahora, te proponemos un ejercicio similar, pero con *presentaciones* de tu autoría y utilizando la propuesta teórica de Alexy. De esa forma, para finalizar este tercer módulo te invitamos a buscar en tu trabajo en el Ministerio Público de la Defensa –puede ser en uno o en varios escritos– tres ejemplos que den cuenta de las *reglas y formas de argumentos* que expone Alexy. Entonces, te pedimos que nos cuentes en no más de 500 palabras cómo reflejan los ejemplos que seleccionaste las ideas que estudiamos en este módulo.

5. CONCLUSIÓN

Al finalizar este módulo se concluye el examen de los cuatro autores que nos proponemos introducir en este curso: Perelman y Toulmin en el módulo I; MacCormick en el módulo II y Alexy en el módulo III. Aunque su obra trasciende en gran medida las cuestiones que analizamos, esperamos que el abordaje propuesto les permite profundizar, en la medida de sus intereses, sobre diferentes problemas relativos a las Teorías de la Argumentación Jurídica. Además, dada la frondosa literatura existente acerca de esta cuestión, focalizamos en el análisis de los temas más adecuados para reflexionar acerca de la práctica de la argumentación en el ejercicio de la defensa.

MÓDULO I	Teorías de la Argumentación Perelman Toulmin	Construcción de argumentos Problema Tesis
MÓDULO II	MacCormick	Problema Argumentos
MÓDULO III	Alexy	Argumentos
MÓDULO IV		Argumentos Falacias

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

En este módulo, en particular, estudiamos algunos puntos fundamentales acerca del modo en que Alexy concibe el discurso jurídico, deteniéndonos en las reglas y las formas que, a su modo de ver, rigen su utilización. Asimismo, describimos la importancia que tienen los principios en la argumentación jurídica y los contrastamos con el modo en que operan las reglas. Tal conceptualización, a nuestro modo de ver, cuenta con un potencial importante para optimizar el modo en que argumentamos. Esperamos que el ejercicio que les propusimos en el punto 4 del módulo les haya permitido llegar a la misma conclusión.

En el próximo módulo vamos a utilizar los conocimientos que adquirimos sobre la teoría de la argumentación jurídica para analizar, de manera específica, diferentes tipos de argumentos y falacias.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy R. 1988. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. *Doxa*, 5, p. 139-151.
- Alexy R. 1997. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Alexy R. 2009. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Enero-Junio de 2009 (N° 11), pp. 3-14.
- Atienza M. 2005. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Módulo IV

Mauro Lauría-Masaro

Natalia Saralegui

Fiorella Cesa



INTRODUCCIÓN

¡Bienvenidos/as al cuarto –y último– módulo del curso!

Mencionamos muchas veces a lo largo de este curso que el derecho contemporáneo exige que las decisiones adoptadas en el marco de un proceso judicial se sustenten en razones, que se sostengan con argumentos; y lo mismo aplica para los planteos que hacen las partes. En los módulos anteriores explicamos los motivos por los que esto es así, analizamos diferentes modos de concebir la argumentación y reflexionamos sobre el modo en que impactan en la práctica. Esta indagación nos llevó, incluso, a mencionar diferentes tipos de argumento. En este cuarto módulo vamos a profundizar el trabajo sobre esta última cuestión.

En este sentido, nos proponemos cumplir con los siguientes objetivos:

1. Diseñar, desarrollar y evaluar argumentos en escenarios dilemáticos asociados al ejercicio de la abogacía.

1.1. Conocer diferentes clasificaciones de argumentos y falacias y aplicar este conocimiento para resolver casos prácticos;



Para cumplir esos fines, organizamos este módulo en cuatro apartados:

- Primero, clasificamos los argumentos según justifiquen la solución de lagunas normativas, el rechazo de posibles significados de un enunciado normativo o la atribución de un significado a un enunciado normativo.
 - En relación con los primeros, abordamos el argumento analógico, a fortiori, a contrario y a partir de principios.
 - Entre los segundos, trabajamos con la no redundancia, la reducción al absurdo y el argumento pragmático.
 - Entre los terceros destacamos la argumentación sistemática, el argumento histórico y teleológico.

- Luego, les proponemos que apliquen los diferentes tipos de argumentos que analizamos a un caso concreto, Hambre de justicia.
- Posteriormente, clasificamos y caracterizamos diferentes formas de falacia. En este sentido, distinguimos entre falacias formales y no formales y, entre estas últimas, diferenciamos las falacias de atinencia y de ambigüedad.
 - En lo que respecta a las falacias de atinencia, describimos el *argumentum ad baculum*, *ad hominem*, *ad ignorantiam*, *ad misericordiam*, *ad verecundiam*, el accidente y el accidente inverso, la causa falsa y la petición de principio.
 - En relación con las falacias de ambigüedad, estudiamos el equívoco, la anfibología, el énfasis, la composición y la división.
- Por último, los invitamos a ejercitar sobre la utilización de diferentes tipos de argumentos y falacias a partir del *dilema del tren*.

1. CLASIFICACIÓN DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

Existen numerosas formas de clasificar los argumentos jurídicos. Entre otros criterios, puede apelarse a su función, a su ámbito de aplicación o a la lógica argumentativa a la que responden. Ezquiaga Ganuzas (2003) caracteriza los argumentos que emplean los jueces de acuerdo con la función que cumplen en la motivación de sentencias. Entonces, apela al trabajo de Atienza (1994) para identificar los principales problemas a la hora de interpretar una norma. A partir de allí, distingue los argumentos:

- Que justifican la solución de lagunas normativas (1.1)
 - Argumento analógico (1.1.1)
 - Argumento a fortiori (1.1.2)
 - Argumento a partir de principios (1.1.3)
- Que justifican el rechazo de posibles significados de un enunciado normativo (1.2)
- Que justifican la atribución de un significado a un enunciado normativo (1.3)

Veamos, a continuación, en que consiste esta categorización.

1.1. Argumentos que justifican la solución de lagunas normativas

Las lagunas en el derecho se presentan cuando de la simple lectura de una norma surge que **ninguno de los enunciados normativos contempla el supuesto del caso a resolver**. El deber de resolver que pesa sobre el sistema de justicia exige que dicho vacío normativo sea solucionado y, para ello, debe ampliarse el campo de aplicación de una norma hasta alcanzar el supuesto en cuestión.

Esta ampliación del campo de aplicación de un enunciado normativo puede fundamentarse mediante la utilización de distintas estrategias argumentativas. Entre ellas, encontramos los **argumentos analógicos, a fortiori, a contrario y a partir de principios**.

1.1.1. Analogía

La analogía permite atribuir a un supuesto no regulado normativamente una solución legal a partir de su semejanza con el enunciado ya previsto en la norma. De este modo, tenemos un supuesto (S) al que la norma atribuye una consecuencia jurídica (C). Existe otro supuesto (S') similar al supuesto inicial (S), pero que no se encuentra regulado por ninguna norma. A partir de la analogía, podemos aplicar a este supuesto no regulado (S') la solución normativa ya prevista para el primer supuesto (C), amparándonos en la semejanza entre ambos enunciados. Podemos graficar esta situación de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l} S \rightarrow C \\ S' \simeq S \\ \hline S' \rightarrow C \end{array}$$

Mientras la analogía es admitida como método interpretativo en el ámbito civil⁶, en el derecho penal se la considera violatoria del principio de legalidad (art. 18 CN, 9 CADH) si se la utiliza en contra de la persona imputada. En el módulo II habíamos ejemplificado un argumento analógico utilizado en favor de un imputado en un proceso penal. Veamos algunos ejemplos más:

El primer caso involucra un fallo dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Entonces, la jueza Garrigós de Rébora y el juez Niño sostuvieron:

Si bien es cierto que el art. 32 de la ley 24.660, no contempla específicamente la procedencia de la prisión domiciliaria en estos supuestos –al padre para hacerse cargo de niños y niñas menores de cinco años–, no resulta menos cierto que la CDN impone al Estado argentino la obligación de proteger el interés superior de éstos, y que, en virtud del art. 27 de la Convención de Viena, los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno para incumplir las obligaciones asumidas internacionalmente. [...] **Esta circunstancia torna [...] imperativa en este caso la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 32, inc. f), de la ley 24.660, a fin de cumplir con la manda asumida por nuestra nación de tutelar el interés superior de niños y niñas [...]. En otro orden de ideas, esta analogía, de ningún modo puede considerarse prohibida por nuestro ordenamiento jurídico; la aplicación extensiva del inc. f) de la norma bajo análisis, no resulta en detrimento del imputado [...] y, el beneficio para los niños resulta indubitable. Por lo que, lejos de encontrarse vedada, en este caso, la analogía es alentada por el ordenamiento jurídico, e incluso, necesaria** (“SMA”, reg. 256/2018, causa 33981/2017, 20/3/2018).

⁶ Véase, en este sentido, el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El segundo caso implica la identificación, por parte de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de una analogía *in malam parte*; es decir, del tipo de analogía que se encuentra prohibida en el derecho penal:

[P]ese a que la Ley Nacional de Armas contempla y diferencia de modo expreso entre [tenencia, portación y transporte de armas] y, a su vez, define mediante el decreto reglamentario a uno de esos tres comportamientos (el transporte), la ley penal, en cambio, sólo cristaliza como típicas dos de aquellas conductas contempladas en la Ley Nacional de Armas, esto es, la 'tenencia' y la 'portación', sin seleccionar entre sus normas al 'transporte'. En consecuencia, **cualquiera sea la definición que el intérprete asigne a la acción de 'tenencia', por un lado, y a la de 'portación', por otro, es claro que no corresponde abarcar en ellas al comportamiento, diferente y atípico, consistente en transportar un arma de fuego separada de su carga, pues ello supondría una manifiesta violación a la prohibición, derivada del principio de legalidad [...] de aplicación analógica *in malam parte* de la ley penal, en tanto significaría aplicar la prohibición legal a un supuesto diferente y no contemplado expresamente por la norma** ("Galeano", reg. 1974, causa 62776, 26/12/2019).

El tercer ejemplo se desprende de una sentencia dictada por el Juzgado Nº 6 de 1º instancia en lo Civil y Comercial del distrito judicial Nº 2 de Rosario. Aquí, al interpretar las obligaciones de una obra social con sus afiliados, explicó:

...si bien las leyes 23.660 y 23.661 rigen imperativamente para las obras sociales del Sistema Nacional (entre las que no se encuentra el IAPOS), **sus criterios resultan orientadores para la dilucidación de situaciones análogas producidas en otras obras sociales, especialmente para determinar las exigencias constitucionales vinculadas a la salud, para poder discernir en un caso cuáles son los estándares mínimos obligatorios que hacen a los referidos derechos fundamentales. Ellos porque la conducta discrecional de no adherirse al mismo no puede redundar en perjuicios para los afiliados, incumpliendo las prestaciones mínimas que hacen a derechos básicos.** No resultan entonces atendibles los argumentos que esgrime la demandada con respecto a su falta de adhesión al sistema de las leyes 23.660 y 23.661, puesto que de convalidarse tal posición se estaría aceptando que la sola voluntad de la accionada le permita quedar al margen de las obligaciones que pesan, en general, sobre el conjunto de los agentes que integran el sistema de salud ("SS c. IAPOS", reg. 3143, 21/9/2016).

1.1.2. A fortiori

El argumento *a fortiori* atribuye una consecuencia jurídica a un supuesto no regulado normativamente a partir de la existencia de un supuesto semejante receptado en el derecho. Al igual que el argumento analógico, la ampliación del ámbito de aplicación de la norma se justifica en la similitud entre la premisa regulada y la premisa no regulada. Sin embargo, **mientras en la analogía ambas premisas poseen una fuerza similar, en la argumentación *a fortiori* el enunciado no regulado es incluso más fuerte que el regulado.** En este sentido, se entiende que si la norma previó una conclusión (C) para un supuesto (S), con más razón habría querido dicha consecuencia para un supuesto de mayor fuerza (S²).

Podemos esquematizarlo del siguiente modo:

Argumentación jurídica
Destrezas básicas

$$\begin{array}{r} S \rightarrow C \\ S^2 > S \\ \hline S^2 \rightarrow C \end{array}$$

A modo de ejemplo, podemos citar una reciente resolución del Tribunal Supremo de España, cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo reconoció la categoría especial a una familia con dos parejas de gemelos. La ley 40/2003 de Protección a las Familias Numerosas establece en su artículo 4.1:

Las familias numerosas, por razón del número de hijos que reúnan las condiciones de los artículos 2 y 3 de esta ley, se clasificarán en alguna de las siguientes categorías:

- a. Especial: las de cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parte, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples.
- b. General: las restantes unidades familiares

En ese caso, una familia con dos parejas de gemelos había solicitado el reconocimiento de la categoría de familia especial. Sin embargo, la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda denegó la solicitud por entender que el caso no encajaba en el artículo 4.1 de la ley 40/2003. Para decidir así, entendió que dicho artículo exigía que, en las familias de cuatro hijos/as, los/as tres hijos/as previstos en la norma debían provenir de un único parto múltiple. El Tribunal Supremo, en cambio, resolvió que correspondía reconocer la categoría especial a la familia solicitante. Entre sus argumentos, destacó:

[N]o tendría ningún sentido dar un trato más favorable a un solo parto de trillizos que a dos partos de gemelos. A la hora de valorar las cargas familiares, las dificultades de la crianza, el esfuerzo físico y psíquico de los padres y otras circunstancias similares, dista de ser evidente que tener dos pares de gemelos sea menos gravoso que tener trillizos. Alguien podría incluso sostener que es más gravoso, porque los problemas derivados de criar varios hijos de la misma edad se repiten otra vez (Sala de lo Contencioso, resolución 536/2021, 21/4/2021).

Como podemos ver, el Tribunal utilizó un argumento *a fortiori* para otorgar el reconocimiento solicitado. Podemos representar el esquema argumentativo del siguiente modo:



1.1.3. A contrario

El argumento a contrario excluye la aplicación de una consecuencia jurídica (C) a un supuesto no regulado por el derecho (S'), por considerarlo diferente a los supuestos ya previstos en la norma (S). Al igual que en los anteriores casos, nos encontramos frente a un vacío legal o laguna normativa. Sin embargo, aquí **el hecho de que el supuesto no se encuentre expresamente contemplado en la norma justifica la exclusión de la consecuencia prevista**. Podemos sintetizar el argumento a contrario a través del siguiente esquema:

$$\begin{array}{l} S \rightarrow C \\ S' \neq S \\ \text{-----} \\ S' \nrightarrow C \end{array}$$

Un célebre ejemplo para comprender este tipo argumentativo es el *caso del oso y el perro*, de Radbruch. A continuación, los invitamos a leer el caso, explicado por Luis Recaséns Siches: en el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: “se prohíbe el paso al andén con perros”. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento.

No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutible derecho a entrar ella junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de “perro”. Si el legislador hubiera querido prohibir también el paso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabras “osos” a continuación de la palabras perros; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo “animales de cierto tamaño”, o “animales peligrosos”, o “animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros”, o simplemente “animales”; **pero lo cierto es que usó la palabra “perros”, la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquiera perro y nada más que perros** (Recaséns Siches, 1956, 24–54).

Otro ejemplo de esto –posiblemente más cercano a nuestra práctica profesional– surge de la sentencia dictada en el caso “Martínez” por la sala I de la CNCCC. Allí, los jueces Rimondi y Bruzzone y la jueza Llerena declararon inadmisibles un recurso interpuesto contra el rechazo de un pedido de prisión domiciliaria solicitado por un progenitor varón. Sostuvieron, entonces, que

[la defensa] ni siquiera refuta que la niña [...] (que reconoce que se encuentra al cuidado de su madre [...]) no se encuentra en una situación de desamparo moral o material, limitándose a sostener que el interés superior del niño impone la satisfacción integral de todos sus derechos, **pero sin siquiera hacerse cargo de las diferencias del caso [...] con la expresa letra del inc. ‘f’ del art. 32 de la ley 24.660 (ya que el supuesto está**

previsto para la madre y la niña [además] no es menor de 5 años) (CNCCC, Sala I. “Martínez”. 11/6/2020).

De esta forma, como el caso no se encontraba expresamente regulado por la norma, en lugar de aplicar el inciso f del artículo 32 de la ley N° 24.660 de manera analógica –como vimos anteriormente en el caso “SMA”, del mismo tribunal–, la Cámara rechazó el recurso y no concedió la prisión domiciliaria fundada en el interés superior de la hija del requirente.

1.1.4. A partir de principios

La argumentación a partir de principios resuelve los vacíos normativos a partir de una interpretación basada en principios positivos, implícitos o incluso extrasistémicos de derecho. Según Ezquiaga Ganuzas (2003), este tipo de argumentación se puede utilizar para integrar o interpretar una laguna del derecho. Así, por ejemplo, ante una pluralidad de interpretaciones posibles a un determinado enunciado, la autoridad judicial optará por aquella que más se ajuste a lo establecido por el principio en cuestión. Este razonamiento hace a la congruencia del sistema jurídico y reconoce, además, que sus normas se inspiran en principios comunes.

Un caso interesante de argumentación a partir de principios se observa en los siguientes considerandos del fallo “**FAL**” (CSJN, 13/3/2012):

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que **existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el a quo.**

15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que **los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma...**

1.2. Argumentos que justifican el rechazo de posibles significados de un enunciado normativo

En la interpretación de una norma puede ocurrir que **la ambigüedad de un enunciado lleve a distintas interpretaciones posibles que sean incompatibles entre sí. Ante esta situación, la autoridad judicial deberá optar por una única interpretación y desechar las lecturas alternativas.** Para justificar su elección, podrá motivar el rechazo de las interpretaciones descartadas usando diversos argumentos, tales como el **argumento de la no redundancia, la reducción al absurdo o el argumento pragmático.**

1.2.1. Argumento de la no redundancia

El argumento de la no redundancia excluye una interpretación determinada de la norma cuando, existiendo múltiples interpretaciones posibles, dicha interpretación supone una mera repetición de otra norma existente. En este sentido, lo que busca este tipo argumentativo es rechazar la superposición de normas y evitar la redundancia en el derecho, fundándose en un criterio de economía. Un ejemplo de este tipo de formulaciones la podemos encontrar en el Código Civil y Comercial de la Nación. En este punto, el artículo 1004 dispone que:

No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. **Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.**

En este sentido, no se podría argumentar que sobre el cuerpo humano no rigen los principios generales de la regla que emana del artículo 1004. Por el contrario, se deduce que, por el criterio de economía previamente mencionado y por las particularidades de este objeto contractual – es decir, el cuerpo humano– se han previsto las disposiciones específicas en los artículos señalados.

1.2.2. Argumento de la reducción al absurdo

El argumento de la reducción al absurdo excluye una interpretación posible de la norma por considerar que su admisión conduciría a consecuencias absurdas. Se busca demostrar que, si se hiciera lugar a determinada interpretación de la norma, las consecuencias serían absurdas, indeseables o incompatibles con el sentido común o con la congruencia del sistema jurídico. A modo de ejemplo, los invitamos a leer un extracto de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España en la [causa N° 464/2010](#). Allí, el tribunal interpretó el alcance de los términos de un contrato de seguro para determinar si la póliza debía cubrir un accidente por negligencia humana:

Esta única cuestión controvertida debe resolverse estimando el recurso porque, como se alega especialmente en el motivo primero, **la interpretación del concepto "imprevisible" por el tribunal sentenciador conduce al absurdo de que una póliza "Todo Riesgo" no cubriera el debido al error humano y sí, solamente, los daños debidos a fuerza mayor.**

Que tal interpretación no se ajusta a los arts. 1284 y 1286CC se advierte en seguida porque, **de aceptarse, resulta que ni siquiera habiéndose contratado la garantía opcional de "Avería de Maquinaria" el seguro habría cubierto el siniestro**, pues en tal caso también los daños tendrían que deberse a una causa "accidental, súbita e imprevisible", siendo así que la cobertura de esta garantía sí comprende muy expresamente los daños ocasionados por "Impericia, negligencia y actos malintencionados del personal del asegurado o de extraños", demostración palpable de que en el contrato de seguro litigioso la imprevisibilidad es plenamente compatible con la negligencia de los empleados de la asegurada demandante.

1.2.3. Argumento pragmático

El argumento pragmático asigna o excluye un significado a un enunciado normativo en función de las consecuencias que derivan de su aplicación. En este sentido, ante una multiplicidad de interpretaciones posibles, atribuye cierto significado por las consecuencias positivas o favorables que supone, y/o descarta otro significado por sus consecuencias inconvenientes o desfavorables. A nivel nacional, la utilización de este tipo de argumento ha dado lugar a algunas sentencias controvertidas, por cuanto han servido, por ejemplo, para legitimar interpretaciones de la normativa procesal violatorias de instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto se aprecia con cierta claridad en los casos “Fernández Prieto” y “Tumbeiro”, resueltos por la CSJN, en relación con la detención y requisa de personas debido a su *actitud sospechosa*. En este sentido, podemos destacar que, en el primero de los fallos referidos, la Corte consideró que:

...el examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto impugnado resulta decisivo para considerar legítima la requisa del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en "actitud sospechosa" de la presunta comisión de un delito, **sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez.** [...] Resulta pertinente destacar asimismo, que **existían razones de urgencia para no demorar el procedimiento hasta recabar la orden judicial de detención**, tal como surge de los argumentos expuestos en el cierre del acta de fs. 1, pues **al tratarse de un vehículo en circulación, esa demora hubiera favorecido tanto la desaparición del bien, como los efectos que se hallaban en su interior y la posible fuga de los ocupantes.**

Por lo demás, estos dos casos fueron analizados por la CorteIDH en 2020 frente a la alegación de que habían entrañado diferentes violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entonces, el tribunal regional advirtió que:

...diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la Interceptación y registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto **se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial.** La Corte considera que, con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del señor Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente (CorteIDH, “Fernández Prieto y Tumbreiro”, 1/9/2020).

En una sintonía similar a la de “Fernández Prieto” y “Tumbeiro”, la CSJN validó una inspección vehicular realizada en una ruta en una zona de frontera en el caso “Lemos”. En esa ocasión, consideró:

...de las reglas de la experiencia –y así de las de la sana crítica que debe regir en toda decisión judicial– que indican que por su cercanía con la frontera (aproximadamente 120 km.), el transporte y ocultamiento de estupefacientes en diversas partes de los automotores es un modus operandi frecuente, razón por la cual allí se practican inspecciones vehiculares más profundas, incluso con perros entrenados y, más recientemente, con utilización de escáner. De hecho, además de la existencia de un puesto de control en dicho cruce de rutas, el personal preventor regularmente cuenta con reactivos químicos para realizar un primer examen de las sustancias sospechosas que se detectan [...]. Así las cosas, habilitado de modo incuestionable el personal de Gendarmería Nacional para proceder a la requisita sin orden judicial que autoriza la citada norma, estimo que la invalidez de la diligencia inicial declarada por el a quo carece de razonabilidad y debe ser dejada sin efecto por arbitraria (dictamen del PGN al que se remitió la CSJN, “Lemos”, 9/12/2015).

1.3. Argumentos que justifican la atribución de un significado a un enunciado normativo

La ambigüedad de un enunciado normativo puede requerir a la autoridad judicial, por otra parte, **precisar el significado que le brindará a la norma en su decisión**. En este sentido, la autoridad deberá fundamentar el sentido que le otorgó a la norma jurídica en el caso. Para ello, podrá valerse de **argumentos sistemáticos, psicológicos, históricos o teleológicos**.

1.3.1. Argumentación sistemática

La **argumentación sistemática asigna un sentido a la norma jurídica a la luz de una interpretación integral del sistema jurídico al que pertenece**. En efecto, es a partir de esa lógica sistémica del derecho que se entiende que una norma jurídica no se encuentra aislada dentro del plexo normativo, sino que se encuentra en interrelación con las demás normas que lo integran. Entre los argumentos sistemáticos Ezquiaga Ganuzas (2003) menciona **el argumento a coherencia, el argumento sedes materiae, el argumento a rúbrica y el argumento sistemático en sentido estricto**.

El argumento a coherencia rechaza la atribución de un significado a una norma cuando es incompatible con otras normas del sistema. Como su nombre lo indica, este tipo argumentativo hace prevalecer la coherencia del sistema jurídico, evitando la superposición de normas incompatibles. **Una de sus manifestaciones principales es el principio de interpretación conforme a la Constitución, que se funda en la primacía constitucional**.

En el argumento sedes materiae, la atribución de sentido de una norma se realiza teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el sistema normativo que integra. Así, se considera que la ubicación del enunciado normativo proporciona información respecto a su contenido. Este tipo argumentativo puede ejemplificarse a partir de la sentencia **“Álvarez Garín”** (causa SUP-JDC-805/2002, 27/2/2003) del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México:

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

De la misma manera, **al situarse el artículo 45, párrafo 1, inciso b), fracción II, de la invocada ley procesal electoral en el capítulo relativo a la legitimación y personería, su alcance jurídico debe circunscribirse propiamente a la capacidad *ad causam* y *ad procesum* de los sujetos para presentar el medio respectivo**, mas no para determinar cuáles son los supuestos de procedencia específicos, ya que éstos están en un capítulo distinto.

Por lo demás, **el argumento a rúbrica atribuye un sentido a la norma de acuerdo con la rúbrica o título que identifica al grupo de artículos dentro del cual se encuentra**; en tanto que el **argumento sistemático *en sentido estricto* tiene en cuenta el contenido de las demás normas de un sistema jurídico para asignar un significado a una norma concreta**. A modo de ejemplo, en el fallo “**CPC**” de la CNCCC encontramos un análisis sobre la ubicación en la cual se encuentra ubicado el delito de aborto en el Código Penal:

...un primer dato para tomar en consideración **es la ubicación asignada por el legislador al delito de aborto en el Código Penal**, pues, como sin discusión se ha destacado, “[l]a ley, para distribuir sistemáticamente las numerosas figuras de la parte especial, adopta el sistema de agruparlas en [...] diferentes títulos, dividiendo luego cada título en un número variable de capítulos. Cada título corresponde, en general, a la idea de reunir todas las figuras que afectan determinado bien jurídico [...]. Es una división suministrada por la adopción de un principium divisionis de carácter objetivo, como lo es el bien jurídico, y **tiene la importancia de agrupar los hechos señalando la escala de valores sociales y sus distintas jerarquías [...]. La clasificación de los delitos conforme al bien jurídico tutelado es también importantísima para la comprensión de algunas figuras, pues el sentido de éstas varía fundamentalmente, aun empleando la ley las mismas palabras, según que éstas tiendan a la protección de uno u otro bien jurídico** (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. III, cit., pp. 3-4).

[E]s posible advertir que, **al criminalizar el aborto, el Congreso de la Nación lo ha ubicado entre los “delitos contra las personas”** (cfr. libro segundo, título I del Código Penal) **y, más específicamente, en el marco de aquellos que refieren a la vida y la integridad corporal** (capítulos I y II, respectivamente). Así, **el conjunto de delitos agrupados bajo ese título por la ley penal, requiere, como condición normativa, que toda acción seleccionada como prohibida debe describirse como dirigida contra una persona**, distinta, claro está, a la del propio autor, pues lo contrario supondría criminalizar la autolesión, lo cual, como será explicado a continuación, en el punto b. del presente, dentro del ordenamiento jurídico de un estado secular, como el instituido por la Constitución Nacional, resulta inadmisibile.

1.3.2. Argumento histórico

El argumento histórico busca reconstruir la manera en que la ley ha regulado un instituto jurídico a través del tiempo. Este tipo de argumentación puede utilizarse tanto para justificar una interpretación tradicional de la norma, promoviendo la continuidad del sentido históricamente otorgado al instituto, como para interpretar las tendencias que marcan la significación del instituto, buscando una interpretación consciente de su evolución hacia futuro. A modo de ejemplo, podemos mencionar el voto del ministro Lorenzetti en el caso “Arriola” (fallos: 332:1963). Allí, explicó:

12) Que la tutela de la privacidad, cuando no hay peligro, ni daño a terceros, ni ostentación del consumo, ha motivado posiciones diferentes de esta Corte Suprema y del Congreso de la Nación.

Resulta oportuno recordar, entonces, que el **Código Penal de 1921** no legisló sobre el tema de la toxicomanía puesto que el artículo 204 se refería a lo que en doctrina se conoce como suministro infiel de medicamentos.

Fue recién la **ley 11.309**, publicada en el Boletín Oficial el **4 de agosto de 1924** la que introdujo la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos y, dos años después, la **ley 11.331**, publicada en el Boletín Oficial el **13 de agosto de 1926**, la que agregó una nueva figura, o sea la tenencia ilegítima con lo que se convirtió en delito la mera tenencia por parte de personas no autorizadas.

Pronto habría de plantearse el tema relativo a la tenencia para uso personal y en el plenario de la Cámara Criminal de la Capital Federal, in re "**González, Antonio**", **del 17 de octubre de 1930** (Fallos de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 31, pág. 21), se resolvió, con votos divididos, que el uso personal de alcaloides no debía admitirse como excusa por parte de quien los poseía ya que no constituía una razón legítima de su

tenencia. Un nuevo plenario de la misma Cámara, para ese entonces con una integración diferente, in re "**Terán de Ibarra, Asunción**", **del 12 de julio de 1966** (Fallos de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 15, pág. 325) mantuvo la doctrina del plenario anterior sosteniendo que la tenencia de alcaloides configuraba delito.

El **Proyecto Peco (1942)** sólo reprimía la tenencia de sustancias estupefacientes enderezada "a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro" (artículo 230; exposición de motivos, página 399). El **proyecto de 1960** excluyó de punición "la tenencia de una dosis para uso personal" (artículo 262 y su nota). En **1968 la ley 17.567**, derogó la **reforma al Código Penal de la ley 11.331**, modificando nuevamente este cuerpo legal por la introducción del párrafo tercero del artículo 204 que sancionaba al "que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, sustancias estupefacientes...". La exposición de motivos de esta ley vinculaba la tenencia de dosis correspondientes al mero consumo individual con las acciones de la esfera de libertad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional. La determinación de la cantidad que correspondía a un uso personal se tradujo en una casuística jurisprudencial que hizo de muy difícil aplicación la norma legal. A ello se sumaron opiniones que sostuvieron que aquella casuística caótica en la vida real había terminado por facilitar "el tráfico de estupefacientes haciendo que en su modus operandi el pasador portara solamente cantidades justificables como de uso personal" (de la sentencia de la **Cámara Federal del 22 de diciembre de 1976**, in re "**Colavini, Ariel Omar, infracción a la ley 20.771**", **voto de los jueces Servini y Cortés**).

En **1973**, la reforma al Código Penal de 1968 fue declarada "ineficaz" por **ley 20.509**, a partir de cuya vigencia se restauró el régimen anterior.

La **ley 20.771** tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin que se legislara, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes o adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición (del voto concurrente del juez Petracchi, in re "**Bazterrica**", **Fallos: 308:1392, considerando 14**).

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

La **ley 20.771** dio lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios en lo que atañe a su artículo 61. En varios casos se resolvió en primera instancia su invalidez con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que no fue aceptado por la alzada.

El 28 de marzo de **1978**, en la causa "**Colavini**" (**Fallos: 300:254**), esta Corte Suprema se pronunció en el sentido de que el artículo 61 de la **ley 20.771** (punción de la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal) no era violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional. En ese fallo la Corte también recogió los argumentos del señor Procurador General de la Nación en el sentido de que el uso de estupefacientes iba más allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturbaba la ética colectiva. En sus distintos pronunciamientos la Corte valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero. En esa inteligencia, consideró lícita toda actividad estatal dirigida a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieren derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (**Fallos: 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137**).

El 29 de agosto de **1986**, esta Corte Suprema se pronunció en la causa "**Bazterrica**", cambiando el criterio y declarando la inconstitucionalidad del artículo 61 de la ley 20.771, censurando la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal.

El 21 de septiembre de **1989** se sancionó la **ley 23.737**, mediante la cual se derogaron los artículos 1° a 11 de la ley 20.771 y se incorporó en su artículo 14, segundo párrafo, la punición "...cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia [de estupefacientes] es para uso personal".

El 11 de diciembre de **1990**, esta Corte Suprema dictó sentencia en la causa "**Montalvo**" (cfr. Fallos: 313:1333, en particular pág. 1349) por el que concluyó que "la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del artículo 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental..." (**Fallos: 313: 1333, considerando 27 in fine**).

Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos, lo que únicamente puede hacerse mediante una prudente ponderación de los principios en juego. Por esta razón corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción. Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional.

1.3.3. Argumentación teleológica

La argumentación teleológica justifica la atribución de un sentido a un enunciado normativo a partir del análisis de la finalidad de la norma. Responde a la concepción de la norma como medio para un fin, y busca brindar un significado que responda al objetivo buscado por la ley en el enunciado concreto. Es frecuente observar este tipo de argumento en resoluciones que rechazan pedidos de arresto domiciliario efectuados por progenitores varones. Así, por ejemplo, en el fallo "**Visgarra**" (5/8/2020) de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, el juez Días expuso que

‘...al momento de afrontar la modificación del art. 32 de la Ley nº 24.660, así como del art. 10 del C.P., por vía de la Ley nº 26.472, el legislador reeditó la opción entre diferentes derechos en pugna, que también informaba la posibilidad del arresto domiciliario en el original art. 10 del C.P. Es que, si la regla es la prisión para todos aquellos que hayan sido condenados a esa pena, la modalidad de arresto domiciliario es la excepción. **De ello se sigue que la excepción se ha de fundar en la prevalencia de algún otro interés estatal, cual parece ser, en el caso del art. 32, inciso f, la manutención del vínculo materno filial’; no así, del vínculo paterno filial...**

En similar sentido, el juez Rimondi explicó:

...la finalidad plasmada por el legislador en la causal analizada no es otra que proteger el vínculo materno- filial y ‘los jueces deben respetar los criterios político-criminales emanados del Congreso Nacional’. En definitiva, el órgano legislativo previó una protección especial a fin de garantizar el interés superior del niño cumpliendo con los deberes específicos del Estado y, dentro de su ámbito de competencia, decidió excluir al ‘padre’ de ese esquema de protección (CNCCC, Sala I, “**Polo**”, 8/5/2019).

¡ENCUESTA!

¿Con qué frecuencia utilizan este tipo de argumentos en el ejercicio de la defensa?

¿Y en la práctica de los tribunales?

2. ARGUMENTAMOS A PARTIR DE UN CASO

A continuación, les presentamos el caso *hambre de justicia*. Luego de leerlo, les proponemos que asuman la representación de la persona imputada en el proceso penal y desarrollen los planteos que consideren adecuados para ejercer su defensa:

- Al hacerlo, utilicen, al menos, tres tipos diferentes de argumentos.
- En el texto, resalten con colores diferentes cada uno de los argumentos que utilizan y, entre paréntesis, indiquen de qué tipo de argumento se trata.
- Para hacer este ejercicio pueden utilizar, como máximo 1000 palabras.

HAMBRE DE JUSTICIA

Jorge tenía cuarenta años y vivía en un parador de emergencia de la Ciudad de Buenos Aires. Hacía casi una semana que Jorge no tenía acceso a comida porque en los comedores a los que acudía solo le podían ofrecer mate cocido o caldos. Entonces decidió ingresar a un supermercado de la cadena Norte ubicada en el barrio de Once y retiró de las heladeras tres porciones de queso. Al llegar a la línea de cajas le explicó al personal del comercio su situación y les manifestó que no tenía el dinero necesario para pagar. La cajera llamó a seguridad y le advirtieron a Jorge que debía dejar los quesos que había tomado. Entonces, dejó dos de los pedazos de queso y escondió el tercero entre sus ropas. Personal del supermercado advirtió esa

maniobra y llamó a la policía, que procedió a detenerlo. Por ese hecho, Jorge fue imputado por el delito de hurto en grado de tentativa. Al momento de prestar declaración indagatoria el hombre dijo que tenía hambre, que llevaba muchos días sin comer y que estaba desesperado. En ese momento, su defensa interpuso una excepción de falta de acción y solicitó su sobreseimiento.

3. FALACIAS

Las falacias pueden definirse como una forma de argumentación que **“encierran errores, o que inducen a aceptar una proposición que no está en realidad justificada, o que persiguen fines espurios”** (Battú, 2020, 11). Atienza, por su parte, explica que son **“argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son [y es importante conocerlas] por la capacidad de engaño que envuelven”** (2013, 116). En este sentido, Copi (2014) **explica se trata de razonamientos incorrectos que resultan psicológicamente persuasivos**. Atienza (2013), agrega, que es posible encontrar la utilización de falacias tanto en casos en los que el fin es engañar como en otros donde existe buena fe de la persona que las enuncia y carece de conocimiento sobre el engaño.

Atienza aporta una idea central para comprender el concepto de falacia al considerar que **se trata de una noción “eminente gradual” y que, por lo tanto, existe “una amplia zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los buenos argumentos y los malos argumentos”** (2013, 117). Es por este motivo, que plantea que el concepto de falacia es **contextual** y que **no es posible afirmar que determinado tipo de argumento, en abstracto, es una falacia**. En este marco, es clave desarrollar un método para detectar este tipo de razonamientos, más allá de su clasificación y las tipologías existentes para nombrarlas. A continuación, siguiendo a Copi (2014), estudiamos distintos tipos de falacias, clasificándolas en **formales (3.1) y no formales (3.2)**. Entre estas últimas, distinguimos, además, las falacias de **atinencia (3.2.1) y de ambigüedad (3.2.2)**.

3.1. Falacias formales

Battú (2020) explica que **las falacias formales tienen lugar cuando se percibe que se usa una regla de inferencia válida, aunque en realidad no sea efectivamente así. De esta manera, se utilizan razonamientos que infringen reglas lógicas**.

3.2. Falacias no formales

Las falacias no formales, en cambio, pueden definirse como los razonamientos que se basan en premisas que no tienen una conexión lógica con las conclusiones que traza. Como explica Battú (2020), por la naturaleza de las falacias no formales, no existen listados totales ni clasificaciones taxativas de este tipo de falacias. Sin embargo, como mencionamos con anterioridad, en el marco de este curso vamos a distinguir falacias no formas de atinencia y de ambigüedad.

Las falacias de atinencia presentan como característica común –excepto para la falacia de *petitio principii*– el hecho de que **sus premisas carecen de atinencia lógica con respecto a sus**

conclusiones. Por lo tanto, **no son conducentes para establecer su verdad.** Es decir, la atinencia es lógica y no psicológica. Las falacias de ambigüedad, en cambio, se presentan “en razonamientos cuya formulación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados oscilan y cambian de manera más o menos sutil en el curso del razonamiento y, por consiguiente, lo hacen falaz” (Copi, 2014, 104). Como explica Battú, **las falacias de ambigüedad muestran opacidades o confusiones por significados múltiples de las palabras y construcciones que se formulan.** Según esta autora, se trata de razonamientos que parten de “ciertos términos que no poseen un campo de referencia único, sino dos o más” (2020, 57).

3.2.1. Falacias de atinencia

- ***Argumentum ad baculum (apelación a la fuerza)***

En este tipo de casos, **la búsqueda de aceptación no se basa en aportar argumentos válidos sino en la utilización de la fuerza** (Battú, 2020). De esta forma, se comete este tipo de falacia cuando se apela a la fuerza –o a la amenaza de fuerza– para provocar que otra persona acepte una conclusión (Copi, 2014). Así, por ejemplo:

El cabildero de un partido político usa el argumento *ad baculum* cuando recuerda a un representante que él (el cabildero) cuenta con tantos miles de votantes en el distrito electoral del representante, o tantos contribuyentes potenciales para la campaña de fondos. Lógicamente, estas consideraciones no tienen nada que ver con los méritos de la legislación cuya aprobación trata de lograr, pero, desdichadamente, pueden ser muy persuasivas (Copi, 2014, 83-84).

Otro ejemplo del empleo de este tipo de razonamiento puede apreciarse a partir de la declaración de Azul Rojas Marín –peticionaria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso sustanciado contra Perú–, cuando relató el diálogo que mantuvo con la fiscal que estaba a cargo de la investigación de los delitos que la dañaron. Entonces, al momento de identificar a los policías que la torturaron y agredieron sexualmente (véase [aquí](#) su testimonio). Entonces, explicó que **la fiscal le indicó que tuviera “mucho cuidado” en indicar personal policial “que no haya tenido nada que ver” porque ellos la podrían denunciar.**

- ***Argumentum ad hominem***

Este tipo de falacia consiste en **descalificar un argumento a partir de valoraciones sobre la persona que lo formula.** Es decir, implica descalificar personalmente al “argumentador, no a su argumento” (Battú, 2020, 64). Copi (2014) propone denominar esta falacia como *ad hominem* de tipo **ofensivo** y nos provee un ejemplo:

...podría argüirse que la filosofía de Bacon es indigna de confianza porque éste fue desposeído de su cargo de canciller por deshonestidad. Este argumento es falaz, porque el carácter personal de un hombre carece de importancia lógica para determinar la verdad o falsedad de lo que dice o la corrección o incorrección de su razonamiento. Argüir que una proposición es mala o una afirmación falsa porque es propuesta o afirmada por determinada persona o grupo de personas es razonar falazmente y hacerse culpable de sostener un *argumentum ad hominem* (ofensivo) (Copi, 2014, 84).

Según Copi (2014), este razonamiento falaz es persuasivo debido al proceso psicológico de la *transferencia*. Así, **si se consigue provocar una actitud de desaprobación hacia una persona, es posible que dicha actitud se extienda al campo estrictamente emocional y derive en desacuerdo con lo que se propone**. Sin embargo, debe atender a la circunstancia de que esta conexión es sólo psicológica, no lógica. Aun el más perverso de los hombres puede decir la verdad o razonar de forma correcta.

El argumento *ad hominem* también puede expresarse mediante una variante de este tipo de razonamiento que Copi (2014) define como **circunstancial**. Dicho autor explica que esta forma de razonar consiste en **relacionar las creencias de una persona con las circunstancias que la rodean**. De esta forma, en una discusión entre dos personas, en lugar de referir a la verdad o falsedad de las afirmaciones de una de ellas, se alude a las circunstancias especiales en que se encuentra esa persona.

- ***Argumentum ad ignorantiam***

Esta falacia se configura cuando se plantea que **una proposición es verdadera debido a que no se demostró su falsedad o que es falsa porque no se demostró su verdad** (Copi, 2014). En esta línea, Gariazzo León (2019) describe la forma de este razonamiento del siguiente modo:

No se demostró que la proposición P sea verdadera	<i>No se demostró que el demandante estuviera en su hogar</i>
La proposición P es falsa	<i>El demandante no estuvo en su hogar</i>
No se demostró que la proposición P sea falsa	<i>No se demostró que el accionante no se tuviese empleo</i>
La proposición P es verdadera	<i>El accionante tiene empleo</i>

Más allá de que en la mayoría de los contextos este modo de razonar es falaz, en el ámbito de lo jurídico puede suceder que no lo sea. En efecto, **las normas jurídicas suelen contener prescripciones referentes al modo en que se debe proceder frente a la ausencia de prueba que respalde una hipótesis determinada**. El ejemplo más claro de esto es el *principio de inocencia* que determina que en los procesos penales se presume que la persona imputada es inocente. Es decir, si no se acredita su responsabilidad penal se debe concluir que es inocente. Dado que esta posición se funda en una prescripción legal particular, es compatible con el hecho de que el *argumentum ad ignorantiam* constituya una falacia en todos los otros contextos (Copi, 2014).

- ***Argumentum ad misericordiam***

Estas falacias se pueden identificar cuando **se apela a la conmiseración o la lástima para validar el argumento que se postula** (Battú, 2020). La exposición de este tipo de razonamiento –explica Copi (2014)– es frecuente ante los tribunales judiciales; esto sucede, por ejemplo, cuando un abogado defensor deja de lado los hechos que atañen al caso para proponer que se absuelva a

su asistido despertando la piedad de los jueces. En efecto, Copi (2014) nos cuenta que Clarence Darrow, un famoso abogado penalista, era un maestro en el uso de este género de recursos. Entonces, cuando defendió a Thomas Kidd (funcionario de la Unión de Trabajadores de la Madera), imputado por *conspiración criminal*, dirigió estas palabras al jurado:

Apelo a vosotros no en defensa de Thomas Kidd, sino en defensa de la larga sucesión – la larguísima sucesión que se remonta hacia atrás a través de las épocas y que se proyecta hacia adelante en los años del futuro– de los hombres despojados y oprimidos de la tierra. Apelo a vosotros por los hombres que se levantan antes de que amanezca y vuelven a su hogar a la noche, cuando ya la luz ha desaparecido del cielo, y dan sus vidas, sus fuerzas y su trabajo para que otros se enriquezcan y se engrandezcan. Apelo a vosotros en nombre de esas mujeres que ofrendan sus vidas al dios moderno del dinero y apelo a vosotros en nombre de sus hijos, los que viven y los que aún no han nacido (Copi, 2014, 88).

Desde ya, no es falaz el argumento utilizado por los abogados si involucra un aspecto del caso o de la vida de la persona involucrada en él que genera en los jueces las emociones referidas, pero resulta conducente para sostener la tesis que defiende esa parte.

- ***Argumentum ad verecundiam (apelación a la autoridad)***

En este tipo de falacias lo que se hace es **apelar a referentes legitimadores por su figura de autoridad, pero en cuestiones que no son parte de ese campo de *expertise*** (Battú, 2020). Sin embargo, debe considerarse que este tipo de argumento no siempre es falaz, pues la referencia a una autoridad reconocida en el campo de su competencia puede ser idónea para darle entidad a una opinión. Si un grupo de personas que no son expertas en física discuten sobre un problema relativo a esa materia, el testimonio de Einstein sobre esa cuestión es importante. Aunque no demuestra la conclusión que se encuentra en debate, tiende a confirmarla. Si, en cambio, estas personas participan en una controversia y el problema sobre el que debaten está dentro del campo de su especialidad, sólo deben apelar a los hechos y a la razón; toda apelación a la autoridad de otro experto carece de valor como prueba. Igualmente, si se apela a una autoridad sobre cuestiones que están fuera de su ámbito de especialidad se comete este tipo de falacia (Copi, 2014).

Es frecuente observar que los tribunales incurren en este tipo de falacia en la valoración que hacen de la prueba pericial. Duce (2018) da cuenta de esta problemática al explicar que los estudios comparados sobre condena de inocentes suelen referir que uno de los factores que explican los errores del sistema judicial es el uso inadecuado de la prueba pericial. En este punto, sostiene que los datos provenientes del *Innocence Project* muestran, de manera consistente, que el uso impropio de esta prueba ha dado lugar al 50% de los casos con exoneración de personas condenadas en las que se acreditó, luego, su inocencia. Así, a partir de un estudio de Garret y Naufeld (2009) afirma que estas situaciones se configuran, por ejemplo, debido a que los peritos –incluso aquellos que pertenecen a disciplinas que no tienen problemas de confiabilidad importantes– tienden a afirmar y entregar conclusiones que no cuentan con apoyo empírico en su respectiva disciplina. Por lo demás, dicha dificultad se vería potenciada debido a que los jueces suelen otorgarle mayor peso a los peritajes que a otros medios de prueba y las

dificultades de los litigantes de controlar la calidad de la información que emana de los peritos (Duce, 2018).

- **Accidente y accidente inverso**

Las falacias de *accidente* consisten en proponer la **aplicación de una regla general a un caso particular, a pesar de que no sea válido el razonamiento en ese caso** (Battú, 2020). Se trata de un razonamiento que

[c]onsiste en aplicar una regla general a un caso particular cuyas circunstancias ‘accidentales’ hacen inaplicables la regla. [...] **Lo que es verdad ‘en general’, puede no serlo universalmente y sin reservas, porque las circunstancias modifican los casos.** Muchas generalizaciones de las que se sabe o se sospecha que tienen excepciones son formuladas sin reserva, o bien porque no se conocen las condiciones exactas que restringen su aplicabilidad o bien porque las circunstancias accidentales que las hacen inaplicables surgen tan raramente que son prácticamente despreciables. **Cuando se apela a tal generalización al argüir acerca de un caso particular cuyas circunstancias accidentales impiden la aplicación de la proposición general, se dice que el razonamiento comete la falacia del accidente** (Copi, 2014, 92).

Al contrario, las falacias de *accidente inverso* implican la intención de **generalizar las conclusiones aportadas por un caso particular** (Battú, 2020). De esta forma, explica Copi (2014) que, al intentar comprender y caracterizar todos los casos de cierta especie, puede suceder que se atienda sólo a alguno de ellos. Al proceder de esta forma, se debe focalizar en que los casos examinados sean típicos, no atípicos. Si consideramos únicamente casos excepcionales y generalizamos apresuradamente una regla que sólo se adecua a ellos, se comete la falacia del accidente inverso.

- **Causa falsa**

La falacia de la *causa falsa* ha recibido distintos nombres latinos, tales como *non causa pro causa* y *post hoc ergo propter hoc*. El primero, **indica el error de tomar como causa de un efecto algo que no es su causa real**. El segundo, designa **la inferencia de que un acontecimiento es la causa de otro simplemente sobre la base de que el primero es anterior al segundo** (Copi, 2014). Este tipo de falacia se encuentra muy presentes en los razonamientos judiciales que buscan **trazar conexiones causales entre premisas y conclusiones que, en los hechos, no se encuentran vinculadas** (Battú, 2020).

Un ejemplo de este tipo de falacias se pudo ver en la sentencia condenatoria del caso “**Vázquez**”. En el año 2019, la CSJN dictó la absolución de dos de las mujeres condenadas de forma errónea por el delito de homicidio agravado. En esa oportunidad, la CSJN concluyó que la justicia de Misiones había valorado la prueba de forma sesgada y contraria al principio de inocencia. Entre las falacias de la sentencia condenatoria se observó que se habían empleado diferentes falacias. De esta forma, se afirmó que una de las vecinas de la víctima era coautora del homicidio por el hecho de haber pasado por la puerta de su casa horas antes de hecho. El tribunal oral interpretó ese único dato como el ejercicio de una acción de “marcar” la casa para, luego, cometer el crimen. Entonces, la CSJN dijo:

[C]uando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método racional de reconstrucción de un hecho en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. Lo mismo sucederá cuando el referido método se aplique defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes, que la crítica externa no haya sido suficiente, que la crítica interna haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda, lo que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores (art. Fallos: 328:3399, especialmente considerandos 30 y 31 del voto de la mayoría) (CSJN, “[Vázquez](#)”, 26/12/2019, consid. 7º).

[E]l primero de los déficits apuntados ha quedado patentizado al sentenciar en la forma en que lo ha hecho, **construyendo su argumentación en base a una circunstancia fáctica que en modo alguno sucedió, y ello a la luz de las propias constancias de la causa que el superior tuvo a la vista**. En efecto, el a quo considera como prueba de cargo contundente en contra de las imputadas [...] “...que, antes de que ocurriera el hecho, el vecino [...] observó aquella noche, en dos oportunidades, a las imputadas [...] merodeando la casa” [...] cuando del cotejo del acta de debate [...] surge que [el vecino] había visto a [la imputada] en compañía [...] la persona con quien luego habría pasado la noche en la casa de su padre en la localidad de Garupá, ubicada a más de ocho kilómetros del lugar donde vivía la víctima (CSJN, “[Vázquez](#)”, 26/12/2019, consid. 10º).

- **Petito principii (petición de principio)**

Cuando buscamos establecer la verdad de una proposición buscamos premisas aceptables de las que se deduzca la proposición aludida como conclusión. La petición de principio se configura cuando alguien **toma como premisa de su razonamiento la misma conclusión que pretende probar** (Copi, 2014). Es decir, tiene lugar cuando se usan razonamientos circulares para intentar probar la conclusión. De esta manera, **la conclusión es la premisa que se utiliza para arribar a la conclusión** (Battú, 2020). Si la proposición que se defiende está formulada con las mismas palabras como premisa y como conclusión, el error es tan manifiesto que no engaña a nadie. Sin embargo, suele ocurrir que las dos formulaciones son lo suficientemente distantes como para oscurecer el hecho de que la premisa y como conclusión son iguales (Copi, 2014). Así, por ejemplo:

...alguien puede argüir que Shakespeare es un autor más grande que Robbins porque la gente de buen gusto literario prefiere a Shakespeare. Y si se le pregunta cómo sabemos quien tiene buen gusto literario, tal vez se nos responda que esas personas deben ser identificadas por su preferencia de Shakespeare a Robbins (Copi, 2014, 95).

3.2.2. Falacias de ambigüedad

- **Equívoco**

El *equívoco* se pone de manifiesto **cuando se usan signos lingüísticos o frases polisémicas, cuyos significados van a variar según el marco en el cual se expongan**. Un ejemplo claro sobre este tipo de falacias se da en el marco de las posibles interacciones del lenguaje y su interpretación a la luz de los diversos marcos normativos (Battú, 2020). Al ejemplificar las situaciones en las que se presenta este tipo de falacia, Copi afirma:

Argumentación jurídica

Destrezas básicas

“El fin de una cosa es su perfección; la muerte es el fin de la vida; por lo tanto, la muerte es la perfección de la vida”. Este razonamiento es falaz porque en él se confunden dos sentidos diferentes de la palabra “fin”. Esta puede significar “objetivo” o “último acontecimiento”. Por supuesto que ambos significados son legítimos, pero lo que es ilegítimo es confundirlos, como en el razonamiento mencionado. Las premisas sólo son plausibles cuando la palabra “fin” es interpretada diferentemente en cada una de ellas en esta forma: “El objetivo de una cosa es su perfección” y “la muerte es el último acontecimiento de la vida”. Pero la conclusión de que “la muerte es la perfección de la vida” evidentemente no se deduce de estas premisas. Naturalmente podría usarse en ambas premisas el mismo sentido de “fin”, pero entonces el razonamiento perdería toda su plausibilidad, pues tendría o bien la premisa poco verosímil “el último acontecimiento de una cosa es su perfección” o bien la premisa claramente falsa “la muerte es el objetivo de la vida” (2014, 105).

- **Anfibología**

La falacia de anfibología se argumenta sobre la base premisas cuya ambigüedad se desprende de su estructura gramatical. Es decir, se trata de un **enunciado cuyo significado es confuso debido a la manera descuidada o torpe en que se combinan las palabras**. Estas expresiones, además, puede ser verdadero o falso según el modo en que se lo interprete. Si se lo utiliza como premisa en la interpretación que lo hace verdadero y se extrae de él una conclusión sostenida en la interpretación que lo hace falso, entonces se comete la falacia de anfibología (Copi, 2014). Veamos un ejemplo de esto:

Creso, rey de Lidia, planeaba una guerra contra el reino de Persia. Como era un hombre prudente, no quería arriesgarse a emprender una guerra sin tener la seguridad de ganarla. Al consultar al oráculo de Delfos sobre la cuestión, recibió la siguiente respuesta: ‘Si Creso emprende la guerra contra Persia, destruirá un reino poderoso’. Encantado con esta predicción, de la que infirió que destruirá al poderoso reino de Persia, Creso inició la guerra y fue rápidamente derrotado por Ciro, rey de los persas. Como éste le perdonó la vida, Creso después escribió al oráculo una carta en la que se quejaba amargamente. Los sacerdotes de Delfos respondieron que el oráculo había hecho una predicción correcta. Al desencadenar la guerra, Creso destruyó un poderoso reino: ¡el suyo propio! (Copi, 2014, 107).

- **Énfasis**

En la falacia de énfasis encontramos **formulaciones engañosas que se basan en premisas cuyos significados fueron modificados por “manejos externos”**. En términos de Battú, “la manera en que los significados cambian depende de las partes del razonamiento que se recalquen o destaquen” (2020, 94). Según Copi (2014), la falacia de énfasis se comete cuando se utiliza un razonamiento engañoso y carente de validez debido a un cambio o una alteración en el significado en virtud de las partes de él que se recalquen o destaquen. Es fácil advertir que ciertos enunciados adquieren significados diferentes según las palabras que se subrayen. Así, en el ejemplo que nos presenta el autor citado podemos apreciar el modo en que puede configura este tipo de problema:

No debemos hablar mal de nuestros amigos. Cuando leemos esta proposición sin ningún énfasis, el sentido de la prohibición comprende la imposibilidad de hablar mal de las personas que consideramos amigas.

*No debemos hablar mal de **nuestros amigos**.* En cambio, el énfasis añadido en “nuestros amigos” permite extraer una conclusión diferente: podemos hablar mal de cualquiera que no sea nuestro amigo. Este caso, la proposición ya no es aceptable como ley moral, tiene un significado diferente y es, de hecho, una premisa diferente.

*No **debemos hablar** mal de nuestros amigos.* Igualmente, se presentaría un escenario alternativo si se enfatiza sobre la expresión “debemos hablar”. Aquí, parece desprenderse la idea de que podemos hacer mal a nuestros amigos, a condición de hacerlo silenciosamente

- **Composición**

La falacia de composición se aplica a dos tipos de razonamiento inválido. **Uno consiste en razonar a partir de las propiedades de las partes de un todo, a las propiedades del todo mismo.** Un ejemplo de esta falacia consiste en plantear que, dado que todas las partes de una máquina son livianas de peso, la máquina *como un todo* es liviana. El error se pone manifiesto al considerar que una máquina muy pesada puede estar compuesta por un gran número de partes livianas (Copi, 2014).

El otro caso de falacia de composición tiene lugar cuando **se razona a partir de las propiedades de los miembros o elementos individuales de una colección y, a partir de allí, se derivan conclusiones sobre las propiedades poseídas por la colección o la totalidad de esos elementos.** Por ejemplo, es falaz considerar, que, dado que un ómnibus gasta más nafta que todos los automóviles, todos los ómnibus gastan más nafta que todos los automóviles. Esta versión de la falacia de composición se sostiene en la confusión que puede existir sobre el sentido ‘distributivo’ y el sentido ‘colectivo’ de términos generales (Copi, 2014).

En este punto, es importante diferenciar la falacia de composición y la de accidente inverso (generalización apresurada). En este último caso se argumenta que, puesto que muchos o la mayoría de los miembros atípicos de una clase tienen una propiedad específica, todos los miembros de la clase (distributivamente) la tienen. En la falacia de composición, en cambio, se afirma que, dado que todos los miembros de una clase tienen una propiedad específica, la clase misma (colectivamente) tiene esa propiedad (Copi, 2014).

- **División**

La falacia de división es inversa de la falacia de composición; es decir, se realiza una inferencia en la dirección opuesta a la que comentamos en el punto anterior y, como en ese caso, pueden

distinguirse dos variedades. En la primera, **se argumenta que lo que es cierto de un todo, debe serlo también de cada una de sus partes**. Por ejemplo, dado que una sociedad comercial es muy importante y el señor Pérez es funcionario de esta sociedad, debe considerar que el señor Pérez es muy importante (Copi, 2014).

La segunda variedad consiste en **deducir de las propiedades de una colección de elementos las propiedades de los elementos mismos**. Así, por ejemplo, el siguiente razonamiento incurre en este tipo de falacia: los estudiantes universitarios estudian medicina, derecho, ingeniería, odontología y arquitectura, por lo tanto, cada uno de ellos o algunos de ellos, estudian medicina, derecho, ingeniería, odontología y arquitectura. Es cierto que los estudiantes universitarios, colectivamente, estudian esas disciplinas, pero es falso que los estudiantes universitarios, distributivamente, lo hagan (Copi, 2014).

Finalmente, debemos distinguir la falacia de división y la de accidente. En esta última se sostiene que, puesto que la mayoría de los miembros de una clase tienen una propiedad específica, todo miembro o subclase de miembros de una clase –por atípica que sea– tiene esa propiedad específica. En la falacia de división, en cambio, se argumenta que, como una clase *misma* (colectivamente) tiene una propiedad específica, todo miembro o subclase de miembros de la clase debe tener dicha propiedad (Copi, 2014).

¡PREGUNTA!

¿Nos podrías compartir una sentencia judicial o una nota periodística que consideres que ejemplifica el desarrollo de un argumento falaz? Indicamos, además, qué tipo de falacia se configura en el caso que nos compartís.

4. ARGUMENTAMOS A PARTIR DEL DILEMA DEL TREN

Al presionar sobre la imagen que aparece a continuación acceden a un video que cuenta una situación dilemática elaborada originalmente por Foot (1967) y replanteada en su forma actual por Thomson (1976; 1985). El video, elaborado por *Materia* y *El País Video* en el marco de la serie “Sé lo que estás pensando”, plantea un escenario dilemático con dos variantes –una en la que se debe decidir sobre el desvío del curso del tren y otra en la que se encuentra en cuestión la necesidad de empujar a un sujeto a las vías–, explica el modo en que las personas suelen resolver el conflicto que plantea y brinda información producida en el campo de la neurociencia sobre los motivos por los que el dilema se resuelve de un modo u otro.

Dilema del tren *Video*



Aquí, vamos a trabajar sobre la primera variante; es decir, aquella en la que debemos decidir sobre la dirección del tren. Entonces, les proponemos que fundamenten una de las dos posturas que se encuentran en juego (¿mantener el curso que lleva el tren o desviarlo?). Elijan

qué curso de acción defenderían y justifíquenla mediante la utilización de, al menos, tres tipos de argumentos. Para este ejercicio no utilicen más de 1000 palabras. Una vez que concluyan sus argumentos, suban el documento en el siguiente [enlace](#).

Una semana después de la fecha de entrega van a recibir por correo electrónico la presentación de un/a compañero/a. A partir de ese trabajo, respondan las siguientes preguntas:

- ¿Qué tesis defiende? ¿Les parecen persuasivos los argumentos que se emplean para sostenerla?
- ¿Qué tipo de argumentos se utiliza? ¿Consideran que se hace un buen uso de ellos?
- ¿Encuentran alguna falacia? ¿Cuál?
- ¿Qué le sugerirían al autor del trabajo para mejorar su presentación?

5. CONCLUSIÓN

Con este cuarto módulo finalizamos el curso. En esta última parte, realizamos una introducción a diferentes tipos de argumentos y falacias. De esta forma, pretendimos proporcionarles recursos que les sirvieran para idear estrategias argumentales y reflexionar sobre la práctica argumentativa que se desarrolla en el sistema de administración de justicia. También con ese fin diseñamos diferentes ejercicios que focalizaban sobre aspectos críticos de la práctica. Así, finalizamos el recorrido por una serie de contenidos básicos referidos a la argumentación jurídica que oscilaron entre el análisis de los aportes teóricos de diferentes autores fundamentales en esta línea de pensamiento y la utilización de herramientas prácticas para litigio.

MÓDULO I	Teorías de la Argumentación Perelman Toulmin	Construcción de argumentos Problema Tesis
MÓDULO II	MacCormick	Problema Argumentos
MÓDULO III	Alexy	Argumentos
MÓDULO IV		Argumentos Falacias

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. 1994. "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales". Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 1, 1994. Disponible en <https://biblioteca.org.ar/libros/155700.pdf>
- Atienza, M. 2013. Curso de argumentación jurídica. Editorial Trotta: Madrid.
- Battú, N. 2020. Falacias y manejos falaces con impacto jurídico. Disponible en https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5551/falacias_web.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Copi, I.M. 2014. Introducción a la lógica. Eudeba: Buenos Aires.
- Duce, M. 2018. Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24 (2), 223-262.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. 2003. "Tipos de argumentos jurídicos". Disponible en https://www.academia.edu/download/40927631/TIPOS_DE_ARGUMENTOS_JURIDICO_S.pdf
- Garret, B. y Naufeld, P. 2009. "Invalid Forensic Testimony and Wrongful Convictions". *Virginia Law Review*, 95 (1), 1-97.